

UNIVERZITA KARLOVA

Právnická fakulta



Kogentní normy v občanském zákoníku

Mandatory rules in the Civil Code

Diplomová práce

Piotr Mendrek

2018

Vedoucí diplomové práce: JUDr. Petr Šustek, Ph.D.

Katedra občanského práva

Datum uzavření rukopisu: 25. 8. 2018

PROHLÁŠENÍ

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracoval samostatně, že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny a že práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 357 994 znaků včetně mezer.

V Českém Těšíně dne 30. srpna 2018

Piotr Mendrek

PODĚKOVÁNÍ

Poděkování předně patří JUDr. Petru Šustkovi, Ph.D. za odborné vedení, věcný a zároveň přátelský přístup, zajímavé podněty, hodnotné připomínky a celkově za čas věnovaný předkládané diplomové práci.

Děkuji rovněž mé rodině za neutuchající podporu v průběhu celého studia, zejména manželce, rodičům, synovi a babičce.

OBSAH

Úvod	1
1. Teoretická východiska kogentnosti norem občanského zákoníku	8
1.1. Vymezení kogentní normy z hlediska pojmového a obsahového	9
1.1.1. Kogentní a dispozitivní právní norma: definice, rozdíly a terminologie	9
1.1.2. Nezávislost a relativní neměnnost povahy normy	14
1.1.3. Bipartice kogentnosti a dispozitivnosti	17
1.2. Vymezení kogentní normy z hlediska relativity její působnosti	20
1.2.1. Normy relativně kogentní	21
1.2.2. Další druhy a typy kogentních norem	25
1.3. Prolamování teoretických východisek kogentnosti a rizika s tím související	29
1.3.1. Právní povaha normy vs. strany právního vztahu	31
1.3.2. Povaha normy podle hypotetického výsledku její aplikace	34
1.3.3. Společné téze. Smysl dělení norem na kogentní a dispozitivní	35
1.4. Kogentní norma v kontextu základních zásad občanského zákoníku	37
1.4.1. Právo autonomní a heteronomní (V. Knapp)	37
1.4.2. Svoboda a autonomie vůle v platném občanském zákoníku	39
1.4.3. Kogentní norma jako omezení autonomie vůle	41
1.4.4. Kogentní norma jako výjimka z pravidla	44
1.4.5. Funkce kogentních norem	45
1.5. Kogentní normy v soukromém právu kvantitativním pohledem	47
1.5.1. Stručná charakteristika jednotlivých částí občanského zákoníku	48
1.5.2. Kogentní normy v jiných odvětvích soukromého práva	51
2. Poznání kogentní normy v občanském zákoníku	54
2.1. Poznání kogentní normy jako praktický problém	54
2.2. Legislativní techniky určení povahy soukromoprávní normy	56
2.2.1. Taxativní výčet kogentních ustanovení	56
2.2.2. Absence výslovného zákonného řešení	60
2.2.2.1. Absence výslovného zákonného řešení obecně	60
2.2.2.2. Poznání kogentní normy v polské civilistice	61
2.2.3. „Povaha ustanovení“ jako kritérium kogentnosti norem	65
2.3. Identifikace kogentní normy v zák. č. 89/2012 Sb., občanském zákoníku	67
2.3.1. Formální kritérium kogentnosti: explicitní zákonný zákaz	68
2.3.1.1. Přímý zákonný zákaz	69
2.3.1.2. Nepřímý zákonný zákaz	70
2.3.1.3. Vliv dikce ustanovení na jeho právní povahu	72
2.3.1.4. Právní povaha „dovolujících“ norem	74

2.3.2. Materiální kritéria kogentnosti (analýza § 1 odst. 2 OZ)	76
2.3.2.1. Úskalí dikce § 1 odst. 2 OZ, věty za středníkem	77
2.3.2.2. Kritéria v § 1 odst. 2 OZ mimo souvislost s kogentností norem	79
2.3.2.3. Dobré mravy a veřejný pořádek jako kritéria kogentnosti norem	82
2.3.2.4. Smysl a účel zákona jako kritérium kogentnosti norem	84
2.3.2.5. Dvojitá povaha § 1 odst. 2 OZ, věty za středníkem	87
2.3.3. Dílčí shrnutí a závěry autora	89
2.4. Kogentní norma v kontextu § 580, resp. § 586 a § 588 OZ	92
3. Dobré mravy a veřejný pořádek jako kritéria kogentnosti norem	96
3.1. Dobré mravy (boni mores) – obecné vymezení	97
3.2. Veřejný pořádek „vnitřní“ (ordre public interne) – obecné vymezení	100
3.3. Vztah dobrých mravů a veřejného pořádku	105
3.4. Kogentní normy odůvodněné dobrými mravy – aplikační okruhy	106
3.4.1. Normy obsahující termín „dobré mravy“ výslovně	107
3.4.2. Normy s explicitním mravnostním či spravedlnostním obsahem	109
3.4.3. Kogentní normy implicitně obsahující dobré mravy	111
3.5. Kogentní normy odůvodněné veřejným pořádkem – aplikační okruhy	114
3.5.1. Regulace základních otázek občanského zákoníku	115
3.5.2. Statusové otázky	118
3.5.3. Ochrana osobnosti člověka	120
3.5.4. Ochrana určitých skupinově vymezených subjektů	123
3.5.5. Ochrana třetích osob	124
3.5.6. Bezpečnost právního styku	125
3.5.7. Ustanovení týkající se soudní pravomoci	127
3.5.8. Smluvní modifikace důkazního břemene	129
3.5.9. Přechodná ustanovení občanského zákoníku	132
Závěr	135
Seznam zkratk	I
Seznam použitých zdrojů	II
Název práce, abstrakt a klíčová slova v českém jazyce	XVI
Název práce, abstrakt a klíčová slova v anglickém jazyce / The title of the thesis, abstract and key words in English	XVIII

Úvod

Nedávná reforma soukromého práva, jejímž hlavním symbolem bylo přijetí nového civilního kodexu¹, přinesla mnohé změny. Významně ovlivnila vnímání řady tradičních pojmů občanskoprávní teorie a dotkla se i právní povahy norem soukromého práva. Rozlišování právních norem podle jejich povahy – na normy kogentní a normy dispozitivní – však samozřejmě žádnou novinkou není. Tradice je to totiž prastará, sahající, stejně jako celý systém kontinentálního soukromého práva, až do dob římského práva. Římané však chápali kogentní a dispozitivní právo jinak, než tyto pojmy chápou právníci dnes. Římskoprávní pojetí *ius cogens* a *ius dispositivum* se totiž netýkalo rozlišování norem podle jejich povahy, nýbrž zahrnovalo třídění na normy, viděno dnešní optikou, spadající do oblasti práva veřejného (*ius cogens*) a práva soukromého (*ius dispositivum*). Dnešní pojetí *ius cogens* a *ius dispositivum* se v rámci evropského soukromého práva etablovalo až na přelomu XVIII. a XIX. století.²

Ačkoliv kogentnost – jako vlastnost právních norem – již dlouho patří mezi základní pojmy právní teorie, mnozí s povzdechem upozorňovali a upozorňují (a to jak v kontextu tuzemské doktríny³, tak i zahraniční⁴), že této problematice není věnována dostatečná pozornost. V starší literatuře, až na ojedinělé výjimky⁵, nalezneme pouze dílčí příspěvky, které se zpravidla věnují pouze určitému aspektu kogentnosti. Tuzemská odborná diskuze na téma právní povahy norem soukromého práva spíše sklouzávala k takřikajíc „narázové“ polemice, čehož příkladem byl spor o povahu ustanovení stanovující výši úroků z prodlení vyvolaný – pro mnohé obsahově kontroverzním – rozhodnutím Nejvyššího soudu z roku 2005.⁶ Podrobení aplikační praxe kritickému oku doktríny je sice žádoucí, v této oblasti však nikoliv plně dostačující.

¹ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Dále označován zkráceně jako „OZ“, event. jako (účinný, platný) občanský zákoník.

² Takto MULARSKI, Krzysztof. Wykonanie zastępcze – ius cogens czy ius dispositivum? *Monitor Prawniczy*, 2006, č. 14, str. 758-759.

³ Knapp již před časem hovořil o tom, že v teorii tato problematika je v hlubokém stínu. KNAPP, Viktor. O právu kogentním a dispozitivním (a také o právu heteronomním a autonomním). *Právnick*, 1995, roč. 134, č. 1, str. 1.

⁴ Ohledně německé doktríny takto např. Tichý (TICHÝ, Luboš. In: DVOŘÁK, Jan a kol. *Soukromé právo 21. století*. Praha: Wolters Kluwer, 2017, str. 3), ohledně polské např. NOWACKI, Józef. IUS COGENS – IUS DISPOSITIVUM. *Studia Prawnicze*, 1993, č. 2-3, str. 31.

⁵ Např. PIOTROWSKI, Mariusz. *Normy prawne imperatywne i dyspozytywne*. Warszawa-Poznań: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1990.

⁶ Rozsudek NS ze dne 17. 3. 2005, sp. zn. 33 Odo 1117/2003. K tomu blíže viz kap. 2.2.3.

Přestože na ucelenější a komplexnější pojednání problematika kogentnosti norem soukromého práva stále čeká⁷, lze kvitovat, že výše uvedené postupně přestává platit; právě v souvislosti s přijetím „nového“ občanského zákoníku diskuze na toto téma výrazně ožila. Aktuální dění na poli občanskoprávní teorie tak slibuje, že postupně budeme opouštět stav, ve kterém řada teoretických (a na to navazujících praktických) otázek zůstává nevyjasněných a nedořešených (nebo neřešených vůbec), a dojdeme k tomu, že doktrína bude poskytovat dostatečný základ aplikační praxi pro funkční a předvídatelné nakládání se základní vlastností právních norem občanského zákoníku – jejich kogentností nebo naopak dispozitivností. V každém případě jde o „běh na dlouhou trať“, neboť, jak známo, názor jednoho vyvolá oponentní názor jiného, judikатурní závěr prolomí judikатурní závěr soudu vyššího stupně a ten zase může být po čase přehodnocen atd. Koneckonců je samozřejmostí, že občanské právo, slovy filozofa, „plyne“⁸, neustále se vyvíjí a – bude-li zde vyvíjející se společnost – bude se spolu s ní v budoucnu rozvíjet a měnit i občanské právo.

Stejně tak je tomu i s kogentností norem občanského zákoníku: je přirozené, že se chápání kogentnosti v čase vyvíjí a mění. Nicméně zdá se, že tato problematika je pořád obestřena jakousi právně-teoretickou mlhou. Právě toto zjištění – přetrvávající nejasnosti, nejistoty a řada nezodpovězených otázek – bylo primární motivací autora ke zvolení tématu závěrečné práce „Kogentní normy v občanském zákoníku“. Spíše otázky než odpovědi do této problematiky vnesl zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, laickou i částí odborné veřejnosti označovaný jako „nový“. „Nové“ má být i chápání a zejména poznání kogentní normy.

Problematika kogentnosti norem je mimořádně významná a nesouvisí pouze s otázkou, zda se lze či nelze od konkrétní normy vlastním projevem vůle platně odchýlit. S určitým odstupem od textu zákona pozorujeme, že se jedná mimo jiné o otázku svobody a autonomie vůle osob v soukromém právu, otázku účelu a smyslu konkrétní normy či právního institutu, otázku zákonné úrovně ochrany určitých zranitelných skupin osob a konečně otázku, co tvoří základy občanského zákoníku

⁷ Takové pojednání avizuje Tichý (TICHÝ, Luboš. In: DVOŘÁK, Jan a kol. *Soukromé právo...*, op. cit., str. 3).

⁸ „Všechno plyne“ a nadto „věčná je jenom změna“ (Hérakleitos).

a jeho nosnou konstrukci. S ještě větším odstupem, takříkajíc s „knappovským“ odstupem, se můžeme v této souvislosti také ptát „co to je právo“ a „kdo právo tvoří“.⁹

Autor této práce však nezvolil téma kogentnosti norem pouze pro svoje teoreticko-filozofické podhoubí. Jedná se ve skutečnosti o problematiku ryze praktickou. Není totiž nic teoretického v otázce, kdy a jak můžeme „vzorce“ (dispozitivní úpravu) nastavené zákonodárcem modifikovat dle své vlastní potřeby nebo naopak, kdy to zákon z nějakého důvodu nepřipouští (kogentnost).

Zároveň se jedná o problematiku velice aktuální, když bylo naznačeno, že chápání a poznání kogentní normy má být „nové“. Dřívější občanský zákoník¹⁰ se slovy § 2 odst. 3 ptal, jakou má ustanovení „povahu“.¹¹ Zákonodárce však nespokojen s tím, jak na položenou otázku odpovídala soudní praxe, v účinném občanském zákoníku zavedené paradigma mění. Novum má spočívat ve spojení kogentnosti a tradičních obsahových korektivů právního jednání – dobrých mravů a veřejného pořádku (§ 1 odst. 2 OZ). Současně při zkoumání této problematiky v prostředí nového kodexu je třeba mít na paměti, že – jak konstatuje Dvořák – účinný občanský zákoník „*vytyčuje jako základní nosnou myšlenku autonomie vůle*“.¹² Tato rovina se samozřejmě rovněž povahy norem civilního kodexu významně dotýká.

Přístup zákonodárce ke kogentnosti a dispozitivnosti norem v účinném občanském zákoníku vyvolal různé – souhlasné i nesouhlasné – reakce. Zároveň bylo otevřeno mnoho praktických i teoretických otázek a jako prakticko-teoretická je zvolena i koncepce a struktura následující práce. Kogentní normy jsou v ní zkoumány jak z perspektivy celku (pojem, východiska, druhy, působení, následky odchýlení atd.), tak i pod drobnohledem. Tím je myšleno, že je věnován prostor i rozboru konkrétních norem, které zpravidla ilustrují probíranou, širší problematiku. Zvláštní důraz je kladen na normy, jejichž právní povaha je v doktríně nejasná a zároveň relevantní judikatura neexistuje (event. existuje starší judikatura, k níž se váže otázka, nakolik jsou její závěry ještě použitelné).

⁹ Srov. KNAPP, Viktor. *O právu kogentním...*, op. cit., str. 1-11 a také srov. kap. 1.4.1.

¹⁰ Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění po novele provedené zák. č. 509/1991 Sb.

¹¹ Buď „povaha“ ustanovení odchylku připouštěla (dispozitivnost) anebo ji nepřipouštěla (kogentnost). Blíže viz kap. 2.2.3.

¹² DVOŘÁK, Jan. In: DVOŘÁK, Jan a kol. *Soukromé právo...*, op. cit., str. XX.

Cílem následující diplomové práce však není jednou pro vždy uzavřít otázku, jak poznat kogentní normu. Tím spíše cílem není vytvoření „praktické pomůcky“ v podobě seznamu ustanovení občanského zákoníku s příslušnou nálepkou: „*K*“ jako kogentní, „*D*“ jako dispozitivní. Autor této práce pokorně přiznává, že toto v jeho možnostech není (zároveň mnozí tvrdí, že toto není ani v možnostech zákonodárce). Na druhou stranu ambicí práce je něco víc, než pouze v jednom dokumentu soustředit úvahy různých autorů na téma kogentnosti.

Záměrem práce v té nejobecnější rovině je aplikovat doktrinální východiska kogentnosti norem na účinný občanský zákoník, zejména pak rozvinout otázku identifikace kogentní normy s ohledem na korektivy dobrých mravů a veřejného pořádku. Struktura práce sleduje tři, zdánlivě jednoduché, otázky:

- Co to je kogentní norma?
- Jak kogentní normu v účinném občanském zákoníku poznáme?
- Které normy v účinném občanském zákoníku s ohledem na kritéria dobrých mravů a veřejného pořádku mohou být považovány za kogentní?

První část se tedy zabývá pojmovým a obsahovým vymezením kogentní normy, jejími vlastnostmi, druhy a působením. V jejím rámci je pojednáno také o tom, že mezi kogentní normou na straně jedné a dispozitivní normou na straně druhé není právní vakuum, ale více „mezičlánků“, které normativní pestrost občanského zákoníku přináší (zejména relativně kogentní normy). Kromě základní otázky, tedy „co“ je vlastně kogentní, se autor zabývá také principiálními východisky dualismu povahy norem (autonomie vůle vs. rovnost v právu, event. jiné právní hodnoty). Závěr této části tvoří kvantitativní pohled na výskyt kogentních norem v občanském zákoníku, včetně stručného exkursu do jiných soukromoprávních odvětví.

Někdo by snad mohl namítnout, že bádání kogentnosti norem z hlediska teoretického je druhořadé a pro praxi nepříliš významné. S takovým závěrem se autor této práce neztotožňuje, neboť (teoretické) chápání kogentní normy se následně do praxe výrazně promítá. Jeden příklad za všechny: je-li teoretický koncept kogentnosti založen na skutečnosti, že právní norma může mít pouze jedinou povahu – buď je kogentní, anebo dispozitivní – pak ustoupení v aplikační praxi od tohoto principu¹³

¹³ Mimo situace, kdy konkrétní ustanovení výslovně stanoví odlišné pravidlo (srov. kap. 1.2. a 1.3.).

může mít značný dopad na princip právní jistoty (a předvídatelnosti práva). Ustoupíme-li jednou, proč neustoupit podruhé, potřetí, anebo nakonec pokaždé?¹⁴ Výjimka jistě pravidlo potvrzuje, ale pouze do doby, než je výjimek tolik, že se původní pravidlo postupně vytratí. Druhým problémem je, že pro výjimku z pravidla již pravidla neexistují, tudíž aplikační praxe se nevyhne – z pohledu právní jistoty nevhodné – nepředvídatelné kazuistice.

Druhá část práce je věnována otázce identifikace kogentní normy v občanském zákoníku, která v řadě případů není vůbec jednoduchá.¹⁵ Jejím jádrem je analýza ustanovení § 1 odst. 2 OZ, který má pro téma kogentnosti norem v soukromém právu stěžejní význam. O tomto ustanovení občanského zákoníku již bylo řečeno mnohé, proto se výklad zaměřuje zejména na srovnání přístupů jednotlivých autorů. Kromě toho je poukázáno na nejnovější judikaturu Nejvyššího soudu ČR k významu předmětného ustanovení.

Práce je završena částí třetí, která se zaměřuje na rozbor dvou generálních klauzul občanského práva, a sice dobrých mravů a veřejného pořádku. Pojem dobrých mravů je v českém právním prostředí zabydlený; dobré mravy plnily a plní mnohé funkce, přesto však doposud s povahou právních norem nijak spojovány nebyly. Naproti tomu termín veřejný pořádek do českého civilního kodexu přinesla až rekodifikace, a proto svoje místo v systému českého občanského práva bude teprve hledat. Nejedná se však o termín v zahraničních doktrínách neznámý, proto za účelem vytyčení možné funkce veřejného pořádku v účinném občanském zákoníku je nezbytné přiblížit zejména francouzské pojetí „*ordre public*“, neboť veřejný pořádek má právě ve francouzské doktríně svůj původ.

V každém případě mají podle mnohých¹⁶ dobré mravy a veřejný pořádek, trochu poeticky řečeno, prozařovat občanský zákoník a spoluurčovat právní povahu jeho norem. Touto optikou nahlíží na dobré mravy a veřejný pořádek i autor této práce v části třetí. Jeho záměrem je poukázat na to, jak tyto generální klauzule mohou pomoci

¹⁴ V této souvislosti autor klade mj. otázku, zda teoreticky může být tatáž norma mezi podnikateli dispozitivní, a v ostatních případech kogentní. Srov. kap. 1.3.1.

¹⁵ O poznání (identifikaci) kogentní normy koluje mezi právníky jedna anekdota. Kogentní norma dle ní v právním světě zaujímá místo jako pověstná tchýně ve světě reálném: s teoretickým konceptem nikdo velký problém nemá, praktické poznání však bývá mnohem složitější a v řadě případů vyvolává rozpaky.

¹⁶ Podle jiných zase dobré mravy a veřejný pořádek s problematikou kogentnosti ani v nové právní úpravě nesouvisí (viz kap. 2.3.2.).

identifikovat kogentní normy a které normy z tohoto důvodu je třeba považovat za kogentní.

Některé aspekty problematiky kogentnosti soukromoprávních norem jsou v doktríně spíše opomíjené, o jiných zase již bylo řečeno mnohé. K těm zprvu zmíněným se autor v rámci následující práce snaží přistoupit analytickým způsobem: prozkoumat existující východiska teorie v návaznosti na pozitivně-právní úpravu, zhodnotit jejich použitelnost a naznačit možný směr uvažování do budoucna. Naopak k aspektům, kterými se občanskoprávní teorie zabývá pravidelně, autor přistupuje spíše synteticky: srovnává názory a úvahy jednotlivých autorit, hledá styčné a třecí plochy, zkoumá a hodnotí důsledky jednotlivých pojetí pro praxi atd.

V rámci komparativního exkursu autor této práce přibližuje čtenáři pojetí polské doktríny, a to nejenom z důvodu, že je jemu osobně blízká. Primárním důvodem je skutečnost, že Polsko je země s obdobnou moderní historií (zejména co se týče „socializace“ občanského práva v druhé polovině XX. století), zároveň však *Kodeks cywilny*¹⁷ a polské občanské právo jako takové (ještě) neprošlo obdobně hlubokou reformou, jako tomu bylo v České republice v roce 2012. *Kodeks cywilny* například pořád pracuje hlavně s generální klauzulí „*zasad współżycia społecznego*“ (zásady společenského soužití), což je termín, který má výraznou pachut' socialistického chápání společnosti. Náhled do polské civilistiky může být podnětný i proto, že tato není v českých zdrojích v této oblasti příliš reflektována. Výše uvedený komparativní exkurs však není soustředěn do jedné kapitoly, nýbrž poznámky, úvahy a odkazy na doktrínu a judikaturu se prolínají celou prací.¹⁸

Když Mayr před téměř sto lety napsal vcelku jednoduchou myšlenku, že „*není jednotného bezpečného kritéria pro posouzení, zda to které ustanovení zákonné jest právem závazným neb nezávazným*“,¹⁹ zřejmě sám netušil, jak v budoucnu hojně citovaný „povzdech“ vyslovil. Je tomu tak zřejmě proto, že tato myšlenka je stále aktuální a od dob Mayera se v tomto ohledu příliš nezměnilo. Stále není „*jednotného bezpečného kritéria*“ a zřejmě ani nikdy nebude. Předkládaná práce na tom samozřejmě také nic nezmění, byť jejím jádrem má být přiblížení mechanismu, jakým lze kogentní

¹⁷ Zákon ze dne 23. 4. 1964, Sb. č. 16, pol. 93 (polský občanský zákoník).

¹⁸ S výjimkou kap. 2.2.2.2., která se primárně zaměřuje na poznání kogentní normy v polské civilistice.

¹⁹ MAYR, Robert. *Soustava občanského práva. Kniha první: Nauky obecné*. Brno: Barvič & Novotný, 1922, str. 25.

normu v platné soukromoprávní úpravě identifikovat a které normy v občanském zákoníku bychom mohli považovat za kogentní. Bylo-li v minulosti poznání kogentní normy přirovnáváno k věštění z křišťálové koule²⁰, pak cílem následující práce je pouze nabídnutí návodu, z jakého úhlu se na křišťálovou kouli podívat tak, aby budoucnost (kogentnost) byla předvídatelnější.

Byť jeden z největších velikánů české civilistiky, prof. Victor Knapp, již před více než dvaceti lety uvedl, že se „v této problematice nic moc nového nevyzkoumá“,²¹ s jeho tézí jaksí implicitně nesouhlasí všichni ti, kteří se nejen v posledních několika letech tomuto tématu věnovali a na jeho prozkoumání vynaložili nemalé úsilí. Za mnohé lze poukázat na hodnotné počiny Eliáše²², Berana²³, Melzera²⁴ nebo Tichého²⁵, v polské civilistice např. příspěvek Radwaňského a Zielińskiego.²⁶ Autor této práce vůbec nezakrývá, že z jejich úvah (ale nejen z jejich) je v předkládané práci čerpáno, tyto jsou kriticky hodnoceny, komparovány, analyzovány a dále rozvíjeny.

Vrátíme-li se k myšlence Knappa, není snad s ohledem na výše uvedené příliš troufalé tvrdit, že jednou za čas přece jen vyvstane potřeba prozkoumat a „probádat“ kogentnost znovu. Tentokrát v souvislosti s „novým“ občanským zákoníkem a prvními vlašťovkami judikatury Nejvyššího soudu ČR k ustanovení § 1 odst. 2 OZ.

Text práce vychází z právní úpravy účinné ke dni 25. srpna 2018.

²⁰ BEJČEK, Josef. Povaha ustanovení o úrocích z prodlení. *Právní rozhledy*, 2006, č. 11, str. 409.

²¹ KNAPP, Viktor. O právu kogentním..., op. cit., str. 1.

²² ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku. *Bulletin advokacie*, 2015, č. 9, str. 13-24.

²³ BERAN, Karel. Kdy je norma kogentní a kdy dispozitivní? *Právní rozhledy*, 2009, roč. 17, č. 19, str. 685-692.

²⁴ MELZER, Filip. Dispozitivní a kogentní normy v novém občanském zákoníku. *Právní rozhledy*, 2013, č. 7, str. 253–260.

²⁵ TICHÝ, Luboš. In: DVOŘÁK, Jan a kol. *Soukromé právo...*, op. cit., str. 3-18.

²⁶ RADWAŃSKI, Zbigniew; ZIELIŃSKI, Maciej. In: SAFJAN, Marek (red.). *Prawo cywilne – część ogólna. Tom 1*. Warszawa: C. H. Beck, 2007, System Prawa Prywatnego, str. 315-331.

1. Teoretická východiska kogentnosti norem občanského zákoníku

Přestože doktrína hovoří zpravidla o *kogentních normách*, občanský zákoník slovo *kogentnost* či slovní spojení *kogentní norma* nezná; nezná ani termín *právní norma* obecně a dokonce i slovo *norma* bychom v občanském zákoníku hledali marně. Není to však zjištění nijak překvapivé. Kogentnost je – jak bude vysvětleno dále – vlastností (především²⁷) právní normy a jako takovou ji zkoumá právní teorie.

Na druhou stranu nelze říci, že kogentnost norem je „pouze“ právně-teoretickým konstruktem, a už vůbec nelze tvrdit, že by snad pozitivně-právní úprava tuto vlastnost norem nereflektovala či opomíjela. Je tomu právě naopak: platný občanský zákoník o povaze norem hovoří na mnoha místech²⁸, počínaje již ustanovením § 1 OZ, které v odstavci druhém stanoví, že „[n]ezakazuje-li to zákon výslovně, mohou si osoby ujednat práva a povinnosti odchylně od zákona.“²⁹ Občanský zákoník rovněž – byť v rámci celého kodexu pouze třikrát – nazývá kogentní normy výslovně, když se můžeme dočíst o blíže neurčené množině ustanovení s donucujícími účinky (§ 558 odst. 2 OZ) nebo jednoduše o množině donucujících ustanovení (§ 245 a § 3041 odst. 2 OZ).³⁰ Již z toho je patrné, že zákonodárce hovoří o kogentnosti porůznu, přímo i nepřímo, a že kogentnost zkrátka není nic, co by si doktrína musela „uměle“ domýšlet.

Dále bude podrobněji pojednáno o tom, že občanský zákoník tuto právně-teoretickou vlastnost „svých“ norem nejen vnímá, ale rovněž s ní v textu zákona vědomě, hojně a pestře pracuje.³¹ Faktem však zůstává, že klasickou definici kogentní normy v občanském zákoníku nenajdeme, a tudíž pro bližší poznání, vymezení, charakteristiky a působení je třeba sáhnout do odborné literatury a judikatury.

²⁷ Dle názoru autora této práce kogentnost jako vlastnost je sice primárně spojena s právní normou, nicméně nikoliv výhradně (k tomu srov. kap. 1.1.3.).

²⁸ Viz např. § 630, § 2235 odst. 1 nebo § 2549 OZ. Občanský zákoník o kogentnosti výslovně hovoří zpravidla tak, že stanoví, kdy se lze a kdy nelze odchýlit od daného ustanovení, event. za jakých podmínek (k tomu srov. zejména kap. 2.3.1.).

²⁹ Skutečnost, že zákoník se problematiky kogentnosti dotýká již v prvním ustanovení, sama o sobě vypovídá o důležitosti této problematiky pro zákonodárce.

³⁰ V tom smyslu výrazem „donucující“ je bezpochyby myšlena kogentnost (k terminologii viz kap. 1.1.1.).

³¹ K tomu srov. zejména kap. 1.2.

1.1. Vymezení kogentní normy z hlediska pojmového a obsahového

1.1.1. Kogentní a dispozitivní právní norma: definice, rozdíly a terminologie

Jelikož doktrína s pojmem kogentní normy již notnou dobu pracuje, lze v ní nalézt řadu různých definic a úspěšnějších či méně úspěšných pokusů o její uchopení a jasné vymezení. Nahlédneme-li například do Gerlochovy učebnice teorie práva, dozvíme se, že kogentní normy jsou normy, které „*imperativně stanoví pravidlo chování, práva a povinnosti, neponechávají prostor pro vůli adresátů, kteří tak nemají legální možnost odchýlit se od požadavků normy vlastním projevem vůle (pod hrozbou sankce)*“.³² Beran³³ zase za nejvýstižnější definici považuje vymezení Holländra, který má za to, že kogentní norma „*je taková právní norma, která působí bezpodmínečně. Účastníci právního vztahu si pod sankcí neplatnosti nesmějí ujednat nic, co by kogentní právní normě odporovalo. Kogentní norma je státní mocí vynutitelná vždy a bezpodmínečně*“.³⁴

Méně košaté – míněno kratší – vymezení nabízejí kupříkladu Fiala a Kindl; spokojí se s konstatováním, že kogentními normami nazýváme normy, „*kteřé platí autoritativně a kategoricky, a od nichž se adresáti nemohou odchýlit*“.³⁵

Zahraniční doktrína převážně odpovídá tuzemskému pojetí. Za mnohé lze citovat polské civilisty, Radwaňského a Olejniczaka³⁶, kteří míní, že kogentní normy „*se vyznačují tím, že jejich aplikace nemůže být vyloučena či omezena projevem vůle (rozhodnutím) stran, stejně jako odlišnou praxí*“.³⁷ Stejně jako v české civilistice, tak i v polské najdeme desítky různých vymezení, počínaje stylisticky velmi úspornými pokusy a precizními, mnohoslovnými definicemi konče.³⁸

³² GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 5. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, str. 52.

³³ BERAN, Karel. Kdy je norma kogentní a kdy dispozitivní? *Právní rozhledy*, 2009, roč. 17, č. 19, str. 685.

³⁴ HOLLÄNDER, Pavel. Dvojitá povaha dispozitivní právní normy. In: MIKULE, Vladimír; SLÁDEČEK Vladimír; VOPÁLKA; Vladimír; BAKEŠ Milan (ed.). *Veřejná správa a právo: pocta prof. JUDr. Dušanu Hendrychovi k 70. narozeninám*. Praha: C. H. Beck, 1997, str. 207.

³⁵ FIALA, Josef; KINDL, Milan a kol. *Občanské právo hmotné*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, str. 65.

³⁶ RADWAŃSKI, Zbigniew; OLEJNICZAK, Adam. *Prawo cywilne – część ogólna*. 12. wydanie. Warszawa: C. H. Beck, 2013, str. 39.

³⁷ V tomto vymezení je podnětný odkaz na skutečnost, že kogentní norma nemůže být vyloučena ani praxí stran (*a contrario* oproti normě dispozitivní). Na druhou stranu zase chybí zmínka o tom, že aplikace kogentní normy nemůže být vyloučena ani jednostranným právním jednáním.

³⁸ Příkladem takto sofistikované a dlouhé definice je definice Piotrowského (PIOTROWSKI, Mariusz. *Normy prawne imperatywne i dyspozytywne*. Warszawa-Poznań: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1990, str. 32): „*Imperativní norma je taková právní norma, která stanoví obsah konkrétních právních vztahů, a jejíž aplikace, ohledně tohoto subjektu jsoucího adresátem*

Z výše uvedeného výčtu bychom mohli nabýt dojmu, že definice jednotlivých autorů se liší toliko v detailech – délkou, množstvím použitých cizích slov, názvoslovím atd. To je sice pravda, ale pouze částečná, jelikož detaily mohou být zrádné a ve skutečnosti se ony definice liší i obsahově – stěžejní otázkou je, jak ten který autor bipartici kogentnosti a dispozitivnosti chápe. Jiné bude vymezení kogentní normy toho, kdo uznává, že od normy dispozitivní se nelze odchýlit jinak než právním jednáním dvou subjektů, a jiná autora, který má za to, že je to možné (za určitých okolností) rovněž jednostranným právním jednáním či třeba zvyklostí (v OZ obchodní zvyklostí; srov. § 558 odst. 2 OZ). Dále bude také záležet mj. na tom, zda tyto vlastnosti přisuzujeme pouze právním normám *sensu stricto*, nebo i jiným právním pravidlům nenormativního charakteru.³⁹

Přesto výše uvedené reflexe týkající se rozdílů mezi jednotlivými definicemi autor této práce prozatím nerozvíjí, neboť má za to, že mnohem důležitější je zkoumat a analyzovat kogentní normy jako takové, tj. uvědomit si jejich podstatu a základní charakteristiky. Tyto nejzřetelněji vyplují na povrch při srovnání kogentní normy s jejím právním protějškem, normou dispozitivní.

Nelze-li se od kogentní normy (platně) odchýlit, pak u normy dispozitivní tomu právo nebrání; nelze-li kogentní normu (platně) vyloučit, pak norma dispozitivní tuto možnost implicitně nebo explicitně předpokládá, a působí-li kogentní norma bezpodmínečně, pak norma dispozitivní působí pouze pod podmínkou, že si strany práva a povinnosti autonomně nesjednávají samy. Norma dispozitivní je tak právním protipólem normy kogentní. Ačkoliv se někteří domnívají, že s ohledem na dichotomický charakter dualismu právní povahy norem je nadbytečné definovat oba tyto pojmy samostatně,⁴⁰ nemůže být na škodu shrnout výše uvedené následovně: „normy dispozitivní umožňují účastníkům právních vztahů, aby projevem souhlasné vůle

dané normy, nemůže být vyloučena jakoukoliv skutečností, která v jiných případech může formovat obsah těchto právních vztahů.“ Citováno z: MULARSKI, Krzysztof. Wykonanie zastępcze – ius cogens czy ius dispositivum? *Monitor Prawniczy*, 2006, č. 14, str. 759.

³⁹ Blíže viz kap. 1.1.3. Mohli bychom také poukázat na skutečnost, že pokud podle výše uvedených definic je znakem kogentní normy vždy sankce a vždy vynutitelnost, nemůže existovat kogentní norma, která by opačné (odchylné) ujednání připouštěla (k tomu viz kap. 2.4.).

⁴⁰ Takto MULARSKI, Krzysztof. Wykonanie zastępcze..., op. cit., str. 759.

určili obsah vzájemných oprávnění a povinností, a pro případ, že tak neučiní, upravuje oprávnění a povinnosti norma.“⁴¹

Učebnicovým příkladem (v obchodní praxi velmi často smluvně vylučované) dispozitivní normy je ustanovení § 2050 OZ. Toto ustanovení stanoví, že „[j]e-li ujednána smluvní pokuta, nemá věřitel právo na náhradu škody vzniklé z porušení povinnosti, ke kterému se smluvní pokuta vztahuje.“ Vyloučí-li smluvní strany toto ustanovení, má věřitel možnost domáhat se zároveň smluvní pokuty, která vznikla z porušení smluvní povinnosti, stejně jako náhrady škody z téhož důvodu, jakkoliv je to evidentně v rozporu s dikcí zákona.

Naopak zdánlivě podobné, leč nepochybně⁴² kogentní, je ustanovení § 2775 odst. 2 OZ, které stanoví, že „[p]ři ztrátě, poškození nebo zničení pojistky vydá pojistitel na žádost a náklady pojistníka druhopis pojistky; [...]“. Pojistitel a pojistník si v rámci pojistné smlouvy nemohou ujednat nic, co by výše uvedenému odporovalo; pokud tak učiní, žádné právní následky takové ujednání mít nebude (viz § 2778 OZ: k ujednání *se nepřihlíží*).

Tuzemská⁴³ i zahraniční⁴⁴ teorie často zdůrazňuje, že o dispozitivních normách nelze tvrdit, že by snad byly méně platné, méně účinné nebo méně závazné, či dokonce méně donucující anebo méně vynutitelné nežli normy kogentní, neboť základní rozdíl tkví někde jinde – v podmínkách jejich *aplikovatelnosti*. Kogentní normu aplikujeme vždy (bezpodmínečně – nemusíme zkoumat, zda si strany nesjednaly „něco jiného“), zatímco dispozitivní normu aplikujeme pouze podmíněčně (tj. pod podmínkou, že si strany „nic jiného“ nesjednaly). Pokud ji však aplikujeme, bude donucovat úplně stejným způsobem jako norma kogentní a bude státní mocí stejně vynutitelná.

Je patrné, že dispozitivní normy plní jiné funkce nežli normy kogentní.⁴⁵ Kromě té základní, tzn. umožnění adresátům právních norem sjednat si práva a povinnosti

⁴¹ BOGUSZAK, Jiří; GERLOCH, Aleš; ČAPEK, Jiří. *Teorie práva*. Praha: Eurolex Bohemia, 2001, str. 83.

⁴² Nepochybně proto, že kogentnost tohoto ustanovení výslovně stanoví § 2778 OZ.

⁴³ Za mnohé srov. HOLLÄNDER, Pavel. *Dvoji povaha...*, op. cit., str. 208.

⁴⁴ Za mnohé srov. NOWACKI, Józef; TOBOR, Zygmunt. *Wstęp do prawoznawstwa*. 3. wydanie. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2007, str. 28.

⁴⁵ O funkcích kogentních norem pak viz kap. 1.4.5.

podle své vůle, literatura uvádí zpravidla dvě další:

- *funkci doplňující* – „doplňují“ *ex lege* právní jednání o další práva a povinnosti stran, čímž z jedné strany snižují transakční náklady účastníkům právního jednání⁴⁶, z druhé strany pak představují určitou „záchrannou síť“⁴⁷, tj. zabraňují tomu, aby určitá relevantní právní otázka (např. odpovědnost za vady) zůstala neupravena (strany ji opomenou upravit svébytně);⁴⁸
- *funkci měřítka spravedlnosti*⁴⁹ – vyloučením dispozitivní normy tato norma z právního řádu „nezmizí“ (pouze ji neaplikujeme); soudce pak pro konkrétní případ může tuto normu vnímat jako určitý referenční bod (představu zákonodárce o optimálním právním uspořádání té které záležitosti) a intenzitu odchýlení poměřovat s touto dispozitivní normou při zkoumání platnosti právního jednání.

Z výše uvedeného vyplývá, že zatímco teoretický koncept kogentní normy je založen na předpokladu, že od této se nelze odchýlit *nikdy a nijak*⁵⁰, u dispozitivní normy v žádném případě opak neplatí: není možné se odchýlit *jakkoliv a vždy*. Od dispozitivní úpravy se totiž lze odchýlovat pouze v určitých limitech stanovených občanským zákoníkem; konkrétní autonomní úprava může být neplatná např. pro rozpor s dobrými mravy nebo pro nemožnost plnění (srov. § 580 odst. 1 OZ). Proto zjištění, že se jedná o normu dispozitivní, nezbavuje soudce povinnosti zkoumat míru, povahu a intenzitu předmětného odchýlení, a to i s přihlédnutím k okolnostem daného případu.⁵¹

⁴⁶ ZACH, Tomáš. *Dispozitivnost soukromého práva: srovnání legislativní techniky rozlišení dispozitivních a kogentních norem ve třech kodexech soukromého práva*. Praha, 2012. 24 str. Studentská vědecká a odborná činnost. Univerzita Karlova, Právnická fakulta. Dostupné z WWW: <https://www.prf.cuni.cz/res/dwe-files/1404046054.pdf>, str. 6.

⁴⁷ RONOVSÁ, Kateřina. Spolková autonomie v novém soukromém právu: její význam a limity. *Právní rozhledy*, 2016, roč. 24, č. 4, str. 116.

⁴⁸ Srov. RADWAŃSKI, Zbigniew; ZIELIŃSKI, Maciej. In: SAFJAN, Marek (red.). *Prawo cywilne – część ogólna. Tom I*. Warszawa: C. H. Beck, 2007, System Prawa Prywatnego, str. 321, marg. č. 25.

⁴⁹ Srov. LAVICKÝ, Petr. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, str. 18.

⁵⁰ Samozřejmě z této zásady existuje celá řada výjimek (srov. zejména kap. 1.3.).

⁵¹ Často skloňovaným, takřikajíc učebnicovým příkladem je nepochybně dispozitivní ustanovení o úrocích z prodlení (§ 1970 OZ). Není-li jiné ujednání ohledně výše úroku z prodlení, platí, že úrok je sjednán ve výši stanovené nařízením vlády (nařízení vlády č. 351/2013 Sb.). Strany si tedy

Pro úplnost je třeba učinit krátkou terminologickou poznámku, neboť tuzemská i zahraniční právní teorie pro kogentní i pro dispozitivní normy používá pestrou paletu různých názvů. Dispozitivní normy jsou označovány mj. jako *normy podmíněně zavazující* (hojně kritizovaný termín, protože ve skutečnosti zavazují úplně stejně jako normy kogentní – viz výše) či *normy podmíněně aplikovatelné*. Setkáme se také s termínem *normy doplňující* (překlad *ius suppletivum*), který odkazuje na jejich základní funkci.⁵²

Stejně je tomu i u kogentních norem: známé jsou latinské názvy jako *ius cogens*, *ius strictum* či *ius imperativum*⁵³; polská doktrína častěji pracuje s termíny *imperativní* či *kategorické normy*⁵⁴, zatímco česká právní teorie vesměs používá pojmy *kogentní* nebo *donucující* (normy, resp. ustanovení). Za nejvýstižnější označení autor této práce považuje název používaný spíše v polské civilistice – *normy bezpodmínečně aplikované* (*normy bezwzględnie stosowane*), neboť tento termín přímo poukazuje na podstatu rozdílu mezi normami kogentními a dispozitivními.⁵⁵ Z tohoto hlediska lze naopak za nepřilíš šťastné považovat adjektivum *donucující*, neboť – jak již bylo zmíněno výše – dispozitivní normy „donucují“ úplně stejně, ovšem za podmínky absence jiného ujednání.⁵⁶

Nelze pochybovat o tom, že tvůrcům účinného občanského zákoníku byly výše uvedené úvahy známy, přesto však kodex používá jako jediné jednoslovné označení kogentní normy (resp. ustanovení) právě přídatné jméno *donucující*.⁵⁷ Nejedná se však

sice mohou ujednat jinou výši úroku, ujednají-li si však úrok ve výši třeba 150% *per annum*, nepochybně pro rozpor s dobrými mravy bude smlouva (v této části) neplatná (srov. mj. nálezy ÚS ze dne 7. 5. 2009, sp. zn. I. ÚS 523/07). Lze si ovšem představit úrok sjednaný v hraniční výši, kdy bude záležet i na jiných okolnostech daného případu, zda ujednání bude platné nebo neplatné.

⁵² RADWAŃSKI, Zbigniew; ZIELIŃSKI, Maciej. In: SAFJAN, Marek (red.). *Prawo cywilne...*, op. cit., str. 315, marg. č. 8.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Např. RADWAŃSKI, Zbigniew; OLEJNICZAK, Adam. *Prawo cywilne...*, op. cit., str. 39, marg. č. 81.

⁵⁵ Srov. NOWACKI, Józef. IUS COGENS – IUS DISPOSITIVUM. *Studia Prawnicze*, 1993, č. 2-3, str. 36.

⁵⁶ Obdobně KNAPP, Viktor. O právu kogentním a dispozitivním (a také o právu heteronomním a autonomním). *Právník*, 1995, roč. 134, č. 1, str. 2.

⁵⁷ Z ustanovení § 558 odst. 2 OZ bez obtíží dovodíme, že občanský zákoník rozlišuje ustanovení zákona na ta, která mají donucující účinky, a na ta, která takové účinky nemají. Zákonodárce však používá spojení slov „donucující ustanovení“ pouze tehdy, pokud s kogentními normami pracuje jako se skupinou či množinou ustanovení zákona (nikdy samostatně neoznačuje normu termínem „donucující“). Situaci lze demonstrovat na ustanovení § 245 OZ, jež mj. řeší následek rozporu usnesení orgánu spolku s donucujícím ustanovením zákona – na takové usnesení se hledí, jako by nebylo přijato (z § 245 OZ se nicméně už nedozvíme, která ustanovení jsou donucující a která nikoliv). Pokud naopak občanský zákoník označuje určité ustanovení za kogentní výslovně, pak

o nic, co by mělo působit jakékoliv obtíže, neboť zřejmě žádný soudce se nenechá přesvědčit, že zákonodárce použitím pojmu „donucující ustanovení“ ve skutečnosti myslel všechna ustanovení zákona bez ohledu na jejich právní povahu. Zákonodárce zvolil termín „donucující ustanovení“ zřejmě z důvodu, že toto označení je v českém právním prostředí vžité (viz například § 29 odst. 6, § 131 odst. 8 ObchZ nebo § 722 odst. 1 zákoníku mezinárodního obchodu⁵⁸) a lexikálně odpovídá latinskému *cogens*.⁵⁹

V dalších částech této práce bude její autor používat přídavné jméno *donucující* (jako zákonný termín) nebo *kogentní* (jako termín nejvíce vžitý v doktríně).⁶⁰

1.1.2. Nezávislost a relativní neměnnost povahy normy

Nejvýznamnějším znakem kogentní normy je bezpochyby nemožnost se od této normy odchýlit či její aplikaci vyloučit.⁶¹ Z hlediska teoretického konceptu kogentní normy je třeba tento znak (nemožnost odchylky nebo vyloučení) upřesnit o dvě další charakteristiky: o *nezávislost (objektivitu)* právní povahy kogentní normy a o její *relativní neměnnost*. Obecně můžeme vycházet z toho, že od normy kogentní se nelze odchýlit *nikdy a nijak*⁶², a tudíž že kogentní norma je kogentní *vždy a ve všech*

v pestrosti vyjadřování nezůstává právním teoretikům nic dlužen. Stanoví například, že k opačným ujednáním se nepřihlíží (§ 2484 OZ), opačné ujednání je neúčinné (§ 1893 odst. 3 OZ), odchýlení je neplatné (§ 2549 OZ), ujednání nemá právní účinky (§ 2728 odst. 2 OZ), k ujednáním zkracujícím (nájemcova) práva se nepřihlíží (§ 2235 odst. 1 OZ) atd. V tomto případě se však nejedná o bezúčelnou snahu zákonodárce kodex stylisticky obohatit. Zákonodárce pro různé účely používá různé právní instituty, mající logicky odlišné právní následky (neplatnost, neúčinnost nebo zdánlivost). Nicméně zde již nejde ani tak o otázku terminologie, jako spíše o otázku poznání kogentní normy a zjištění právního následku nerespektování její dispozice.

⁵⁸ Zákon č. 101/1963 Sb., o právních vztazích v mezinárodním obchodním styku (dále jen „ZMO“).

⁵⁹ Srov. KNAPP, Viktor. O právu kogentním..., op. cit., str. 2. Navíc slovo *kogentní* jako slovo cizího původu je z hlediska legislativních pravidel považováno za nevhodné.

⁶⁰ Použití termínu, byť výstižného, *norma bezpodmínečně aplikovaná*, by s ohledem na jeho délku bylo stylisticky neúnosné.

⁶¹ Autor této práce má na mysli vlastnosti kogentní normy pro účely ryze praktické. Z hlubšího teoretického hlediska např. Knapp (KNAPP, Viktor. O právu kogentním..., op. cit., str. 5) považuje slovo „odchýlit se“ v této souvislosti za povrchní a slovo „vylučitelné“ dokonce za nevhodné a matoucí (k tomu srov. kap. 1.4.1.). Knapp (ibid., str. 6) navíc upozorňuje, že není zjevné, v čem by měl spočívat rozdíl mezi vyloučením a odchýlením se (můžeme se pouze domnívat, že vyloučením má zákonodárce na mysli „neaplikaci“ určitého pravidla vůbec, zatímco odchýlením se může být myšlena modifikace toho kterého pravidla, tj. jeho pozměnění). Na druhou stranu oba termíny hojně používá doktrína stejně jako současný zákonodárce (srov. § 1801 OZ), proto i autor této práce těmto termínům zůstane dále věrný.

⁶² K tomu srov. např. usnesení NS ze dne 31. 10. 2017, sp. zn. 29 Cdo 387/2016. Nejvyšší soud v souvislosti s kogentními normami hovoří o „jakémkoliv odchylném ujednání“.

situacích.⁶³ Zároveň vlastnost kogentnosti by měla být relativně stálá. Na druhou stranu, pokud se bude možné od normy jakkoliv platně odchýlit, byť sebejemněji, bude se pojmově jednat o normu dispozitivní.

Znak nezávislosti kogentní normy můžeme chápat tak, že na její právní povahu nemají vliv konkrétní okolnosti případu, jež zkoumáme za účelem subsumpce faktického stavu pod danou normu; neměnností jejího charakteru chápeme zase to, že tatáž norma nemůže být jednou kogentní a podruhé dispozitivní. Pochopitelně se jedná o dvě strany téže mince – připustíme-li, že na právní povahu normy mají vliv okolnosti konkrétního případu, logicky pak její charakter bude na těchto okolnostech závislý do té míry, že tatáž norma „podle okolností“ bude jednou považována za kogentní a v jiném případě za dispozitivní (právní charakter by tak nebyl stálý, ale proměnlivý).

Pro výše uvedená teoretická východiska – *nezávislost* a *neměnnost* kogentní normy – lze nalézt argumenty jak v doktríně⁶⁴, tak i v judikatuře a v platném občanském zákoníku.

V první řadě je třeba odkázat na závěry Nejvyššího soudu v rozsudku ze dne 12. 5. 2016, sp. zn. 32 Cdo 1983/2014, kdy NS uvádí: „[p]rávní předpis obsahuje obecně závazné pravidlo chování a nelze jej tudíž vykládat promiskue jednou tak, jindy právě opačně, podle toho, co je právě pro ten který subjekt v postavení spotřebitele příznivější vzhledem ke specifickým okolnostem toho kterého případu. Stejně tak nemůže být táž norma jednou kogentní, popřípadě jednostranně kogentní, a jindy dispozitivní. Opačné pojetí by bylo v rozporu s obecnými právními principy (s požadavkem právní jistoty) i s funkcí práva jako nástroje regulace vztahů mezi lidmi.“⁶⁵

Závěry výše uvedeného rozsudku jsou zajímavé v mnoha ohledech, nicméně pro účely této kapitoly je významná jeho následující pointa: následek aplikace kogentní normy nemůže mít jaksi zpětně vliv na její právní povahu, neboť tato je dána apriorně,

⁶³ Samozřejmě z této zásady existuje celá řada, převážně výslovně zákonných, výjimek (zřejmě nejdůležitější je kategorie tzv. relativně kogentních norem – srov. kap. 1.2.).

⁶⁴ Navrátil např. píše, že „[p]okud je nějaké ustanovení kogentní, znamená to, že je donucující povahy a že se od něj nelze za žádných okolností odchýlit“ (NAVRÁTIL, David. Tři poznámky ke smluvní volnosti v otázce úroků z prodlení. *Právní rozhledy*, 2006, č. 13, str. 483). Takový názor zastávají též Radwański a Zieliński, kteří míní, že kvalifikace právní normy nemůže záviset na konkrétní právní situaci (RADWAŃSKI, Zbigniew; ZIELIŃSKI, Maciej. In: SAFJAN, Marek (red.). *Prawo cywilne...*, op. cit., str. 330-331, marg. č. 36 a lit. tam citovaná).

⁶⁵ Srov. také rozsudek NS PL ze dne 16. 2. 2001, sp. zn. IV CKN 244/00: „[p]osouzení, zda ujednání obsahu nebo účelu závazkového právního je přípustné ve vztahu k otázce, kterou zákon normuje imperativně (kogentně), se musí zakládat na konkrétních ustanoveních zákona.“

bez vztahu ke konkrétnímu případu (následek aplikace normy nemůže tedy zpětně určit její povahu).

Důvody, pro které je určité ustanovení kogentní, nelze zaměňovat s následky, které kogentnost regulace určité právní otázky ve vztahu k individuálnímu případu působí. Jinak řečeno, individuální okolnosti případu a hlavně důsledky aplikace kogentní normy (byť pro spotřebitele v konkrétním případě nepříznivé, jako v případě sporu, který řešil NS – viz judikát výše) nemají vliv na to, zda je určité ustanovení kogentní (byť by právě kogentnost ustanovení byla odůvodněna např. ochranou spotřebitelů jako skupiny v hospodářském styku slabších subjektů).⁶⁶

Kromě toho oporu pro výše uvedené závěry najdeme i v platném občanském zákoníku. Systematický pohled nasvědčuje tomu, že ustanovení občanského zákoníku mají buď donucující, anebo „nedonucující“ povahu (viz § 558 odst. 2, § 245 a § 3041 odst. 2 OZ), a formuluje-li zákonodárce z tohoto principu výjimky, děje se tak zpravidla výslovně.⁶⁷ Jako podpůrný argument – ve vztahu k judikatuře – může sloužit i odkaz na ustanovení § 13 OZ, které výslovně formuluje princip důvodného očekávání jednotné rozhodovací praxe (a odůvodněných odchylek).⁶⁸ Dle názoru autora této práce můžeme na toto ustanovení nahlížet i tak, že důvodné očekávání se vztahuje také na otázku právní povahy norem občanského zákoníku – vysloví-li zejména vyšší soudy, že určité ustanovení má tu či onou povahu, adresáti právních norem mohou očekávat (i proto, že podle toho konstruují své individuální právní vztahy), že si právní povahu norma podrží i pro jejich případ.⁶⁹

Je-li imanentní vlastností kogentní normy určitá stálost či neměnnost její povahy, samozřejmě z toho nevyplývá, že norma musí mít nutně daný charakter *napořád*. Tuto vlastnost může norma ztratit či nabýt z různých příčin; typicky z vůle zákonodárce (zákonodárce novelizací výslovně umožní stranám smlouvy si určitou

⁶⁶ K zamezení přílišné tvrdosti zákona může sloužit ustanovení § 2 odst. 3 OZ, které se vztahuje přímo k výkladu a *použití* (aplikaci) právního předpisu.

⁶⁷ Například § 2749 odst. 1 OZ. Blíže viz kap. 1.2. a 1.3.

⁶⁸ Tento princip již dlouhodobě razí ve své judikatuře ÚS, v rámci rekodifikace se však zákonodárce rozhodl zakotvit jej přímo do občanského zákoníku, byť se svou povahou jedná spíše o otázku procesního práva. Blíže srov. LAVICKÝ, Petr. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I*, op. cit., str. 114 a násl.

⁶⁹ Obdobně Lavický (ibidem, str. 117) v komentáři k § 13 OZ: „[j]iným příkladem může být situace, kdy v jiné věci byl učiněn závěr o kogentní povaze určité právní normy; bude-li v další věci, která bude jinak skutkově podstatně odlišná, soud zvažovat povahu té samé právní normy, vztahuje se důvodné očekávání shodného posouzení i na již dříve judikovanou otázku její právní povahy.“

otázku „ujednat jinak“ než zákon stanoví) nebo změnou judikatury, tj. změnou přístupu společnosti k určité otázce (pokud zákon neřeší povahu dané normy přímo). Ostatně v účinném občanském zákoníku má celá řada norem dispozitivní povahu, byť za starší právní úpravy OZ 1964 obdobná či stejná pravidla byla považována za kogentní. Jako příklad lze uvést – zde bez hlubší analýzy – úpravu kontraktačního procesu v obecné rovině⁷⁰, konkrétně pak např. délku promlčecí lhůty (§ 630 odst. 2 OZ) či pravidlo, že zmocnění zanikne smrtí zmocněnce nebo zmocnitele (§ 448 odst. 2 OZ⁷¹). Našli bychom i řadu opačných případů.⁷²

Na závěr je třeba předeslat, že zde více než kde jinde platí známé klasikovo úsloví o šedosti teorie a zelenání stromu života.⁷³ Výše uvedené závěry jsou sice z teoretického hlediska akceptovatelné, neplatí však absolutně, protože občanský zákoník a právní praxe je zkrátka o něco složitější. O tom proč a kdy, bude ještě podrobně pojednáno.⁷⁴

1.1.3. Bipartice kogentnosti a dispozitivnosti

Doposud bylo pojednáno o tom, co je to kogentní norma s důrazem na kogentnost a její projevy. Nebylo však zatím přiblíženo, co je to *norma*, resp. *norma právní*. Posuňme však tuto otázku o krok dále a zeptejme se spíše, co může být kogentní, resp. co může být upraveno kogentně nebo co lze na kogentní a dispozitivní rozdělit?

Eliáš uvádí, že zatímco někteří spojují kogentnost pouze s právními normami, jiní zase se zákonnými ustanoveními, ještě jiní hovoří o (kogentním či dispozitivním) právu; on sám nakonec používá termín kogentní právní pravidla.⁷⁵

⁷⁰ Srov. rozsudek NS ze dne 26. 3. 2001, sp. zn. 33 Cdo 2994/1999.

⁷¹ Srov. Elischer o důsledcích této úpravy v kontextu možnosti požadovat vydání daru i po smrti dárce (viz ELISCHER, David. *Darování a jeho podoby v novém soukromém právu*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, str. 180).

⁷² Například § 2775 OZ. K tomuto podrobněji viz HAAS, Karel. In: ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek VI*. Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2014, str. 480-482.

⁷³ "Šedá, můj příteli, je všechna teorie, a žití zlatý strom se zelená" (Johann Wolfgang Goethe: Faust).

⁷⁴ Blíže viz kapitola 1.2. a 1.3.

⁷⁵ ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku. *Bulletin advokacie*, 2015, č. 9, str. 13, včetně literatury tam citované.

Nowackého pojednání nás uklidní alespoň v tom, že obdobně nejednotná je i v polská doktrína.⁷⁶

Melzer⁷⁷, Beran⁷⁸ a Tichý⁷⁹ by se zřejmě shodli na tom, že kogentní může být pouze právní norma v tom pravém slova smyslu, tedy pravidlo chování tradičně charakterizované trichotomní strukturou: hypotéza, dispozice a sankce. K tomu se zpravidla dodává, že právní povaha normy vyplývá z její hypotézy, tj. že záleží na tom, zda hypotéza právní normy explicitně nebo implicitně obsahuje spojení „není-li ujednáno jinak“ nebo obdobné.⁸⁰ Kogentní pravidlo chování pak musí vyplývat z dispozice právní normy. Je tomu tak ale ve všech případech?

Judikatura⁸¹ totiž označila jako kogentní pravidlo, že smluvní pokutu lze vázat pouze na porušení smluvní povinnosti, přičemž toto dovodila z ustanovení § 544 odst. 1 OZ 1964 v tehdy platném znění: „[s]jednají-li strany pro případ porušení smluvní povinnosti smluvní pokutu, je účastník, který tuto povinnost poruší, zavázán pokutu zaplatit, i když oprávněnému účastníku porušením povinnosti nevznikne škoda.“ Můžeme říci, že NS z hypotézy právní normy extrahoval právní pravidlo, které pak označil za kogentní? Anebo se jedná o soudcovské dotváření kogentního práva, jak o tom hovoří Melzer?⁸²

Vnímání kogentnosti a dispozitivnosti pouze ve spojení s právními normami skrývá však i jiná úskalí. V občanském zákoníku nalezneme totiž řadu „pravidel“, která *stricto sensu* právními normami nejsou, čehož typickým příkladem jsou legální definice nebo právní domněnky. Máme-li však za to, že kogentní, resp. dispozitivní jsou pouze právní normy, svádí to nutně k závěru, že jiná pravidla v tomto smyslu

⁷⁶ Nowacki v úvodu své práce poukazuje na skutečnost, že někteří – pokud používají pojmy *ius cogens*, *ius dispositivum* – rozdělují takto právní ustanovení, jiné právní normy, další právo nebo zákony, a konečně někteří příznačně používají více pojmů najednou (NOWACKI, Józef. *IUS COGENS...*, op. cit., str. 32, včetně lit. tam citované).

⁷⁷ MELZER, Filip. Kogentní a dispozitivní právní normy. In: HAVEL, Bohumil; PIHERA, Vlastimil (ed.). *Soukromé právo na cestě: eseje a jiné texty k jubileu Karla Eliáše*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2010, str. 222-223.

⁷⁸ BERAN, Karel. In: DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanské právo hmotné. Svazek 1. Díl první: Obecná část*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, str. 133.

⁷⁹ TICHÝ, Luboš. In: DVOŘÁK, Jan a kol. *Soukromé právo 21. století*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, str. 5.

⁸⁰ Srov. BERAN, Karel. In: DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanské právo hmotné*, op. cit., str. 136.

⁸¹ Prvně rozsudek NS ze dne 31. 3. 1998, sp. zn. 3 Cdon 1398/96, shodně také pozdější judikatura NS, např. rozsudek NS ze dne 10. 1. 2011, sp. zn. 23 Cdo 2575/2010.

⁸² MELZER, Filip. Kogentní a dispozitivní právní normy. In: HAVEL, Bohumil; PIHERA, Vlastimil (ed.). *Soukromé právo...*, op. cit., str. 222.

„nenormativního“ charakteru jsou bez dalšího mimo dispozici stran.⁸³ Opět se můžeme zeptat: je tomu tak skutečně ve všech případech?

Eliáš v tomto kontextu nabízí jednoduchý, nicméně výstižný příklad dispozitivní legální definice: středem měsíce se dle ustanovení § 606 OZ rozumí jeho patnáctý den.⁸⁴ Spíše rétoricky se spolu s ním můžeme ptát, zda si strany skutečně nemohou sjednat jiné vymezení „středu měsíce“? Skutečně by soud dovodil neplatnost smluvního ujednání, na základě kterého by strany za střed měsíce považovaly šestnáctý den, event. vždy druhou neděli příslušného měsíce? Že takovému ujednání nic nebrání lze v tomto případě poznat i intuitivně. Nepochybně však řada legálních definic (můžeme snad říci většina) vylučuje autonomní úpravu. Nakonec pak budou i takové, u nichž závěr o možnosti/nemožnosti odchýlné úpravy vůbec jednoznačný nebude. Není ve svém důsledku třeba zkoumat právní povahu jednotlivých definic obdobně (resp. stejně) jako právní povahu norem? Nelze rovněž podceňovat pestrost soukromoprávního života: subjekty občanského práva jsou s to se jednostranně či vícestranně odchýlit prakticky od čehokoliv (byť by to byl očividný nesmysl⁸⁵), přičemž v případě soudního sporu bude vždy třeba rozhodnout, zda konkrétní ujednání nebo jednání má či nemá právní následky.

Pohled, který spojuje kogentnost/dispozitivnost výhradně s právními normami, považuje autor těchto řádků za příliš zužující. Souhlasí přitom s tézí Knappa, že „kogentně nebo dispozitivně může být upraveno cokoliv, co právo upravuje, [...]“.⁸⁶ Pokud neobstojí tvrzení, že všechna „nenormativní“ pravidla občanského zákoníku jsou bez dalšího mimo dispozici stran, není pádný důvod takovým pravidlům odjímat vlastnost kogentnosti či dispozitivnosti.⁸⁷ Ostatně i platný občanský zákoník hovoří velmi široce o „donucujících ustanoveních“.⁸⁸ Přesto autor této práce píše o kogentních „normách“, neboť skutečně právních norem se kogentnost týká *primárně* a nejčastěji, nikoliv však výhradně.

⁸³ Ibidem, str. 223.

⁸⁴ ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 13.

⁸⁵ Např. strany smlouvy si ujednají: „Pro účely této smlouvy se bratr kupujícího nepovažuje za jemu osobu blízkou“ (rozpor s § 22 odst. 1 OZ, který za normu *sensu stricto* považovat nelze).

⁸⁶ KNAPP, Viktor. O právu kogentním..., op. cit., str. 2.

⁸⁷ Zároveň to není ani příliš praktické: nastavuje-li zákonodárce pro určení kogentnosti určitá kritéria (srov. § 1 odst. 2 OZ a část 2. této práce), nemohli bychom je – v tomto užším pojetí – použít pro určení právní povahy pravidel „nenormativního“ charakteru (byli-li bychom názorově konzistentní).

⁸⁸ Lze si zřejmě teoreticky představit, že obchodní zvyklost může „derogovat“ právní pravidlo „nenormativního“ charakteru v souladu s § 558 odst. 2 OZ.

Naopak s Melzerem lze souhlasit, že kogentní nejsou ustanovení, neboť do důsledku vzato, ustanovení samo o sobě nijak právně nepůsobí. Ustanovení zákona (ev. odstavce či věta) je pouze *komunikátorem* právní normy⁸⁹ (ale nejenom právní normy).⁹⁰ Přesto autor této práce nepovažuje za velký hřích hovořit o kogentních ustanoveních či odstavcích (jak zcela běžně činí doktrína i judikatura), neboť je koneckonců zjevné, co tím máme v konkrétním případě na mysli.⁹¹ Právní puristé proto (snad) odpustí, že autor této práce, s vědomím výše uvedeného, bude pro zjednodušení dále používat termíny „norma“ a „ustanovení“ do značné míry *promiscue*, zpravidla však termín „norma“, pokud bude řeč o kogentnosti v obecné rovině, a termín „ustanovení“, pokud se výklad bude týkat konkrétního ustanovení zákona.

1.2. Vymezení kogentní normy z hlediska relativity její působnosti

Co se týká třídění norem podle jejich právní povahy, není občanský zákoník v žádném případě černobílý. Pokud na jednu stranu postavíme normy, od nichž se nelze odchýlit *nikdy a nijak*, a na stranu druhou normy, které odchýlení svou povahou připouštějí, uprostřed této kategorizace najdeme normy, od nichž se v určitém směru odchýlit lze a v určitém již nikoliv, event. odchýlit se lze za určitých okolností, v určitém čase atd. Takovou rozmanitost účinku kogentní normy má autor této práce na mysli, pokud hovoří o *relativitě* její působnosti⁹² – zkrátka teoretické východisko kogentnosti, a sice že se nelze odchýlit *nikdy a nijak*, mnohdy neplatí.

V české právní kultuře se zpravidla hovoří o tzv. relativně kogentních normách (viz násl. kapitola), nicméně normativní pestrost občanského zákoníku touto kategorií zdaleka není vyčerpána (viz kap. 1.2.2.).

⁸⁹ Viz MELZER, Filip. Kogentní a dispozitivní právní normy. In: HAVEL, Bohumil; PIHERA, Vlastimil (ed.). *Soukromé právo...*, op. cit., str. 222. Obdobně také polská doktrína, např. NAZAR, Mirosław. In: FILIPIAK, Tereza a kol. *Zarys prawa cywilnego*. Wydanie VI zmienione. Lublin: Oficyna Wydawnicza Verba, 2010, str. 63.

⁹⁰ Polská doktrína se vztahem právní normy (*norma prawna*) k článku, ustanovení, paragrafu a odstavci (v polské doktríně souhrnně označováno jako *przepis prawny*) dlouhodobě zabývá. Pro jiné zaměření práce lze na tomto místě odkázat na obsáhlou analýzu např. Nowackého a Tobora (NOWACKI, Józef; TOBOR, Zygmunt. *Wstęp do prawnoznawstwa*, op. cit., str. 64-85).

⁹¹ Je si však potom třeba uvědomit, že kogentní a dispozitivní může být i část ustanovení, resp. odstavce, eventuálně spojení několika ustanovení či odstavců. Někdy ale nelze dost dobře psát o kogentním ustanovení, protože zkrátka kogentní normu dovozujeme mlčky, mimo jakékoliv ustanovení zákona (k posledně řečenému viz MELZER, Filip. Kogentní a dispozitivní právní normy. In: HAVEL, Bohumil; PIHERA, Vlastimil (ed.). *Soukromé právo...*, op. cit., str. 222).

⁹² K tomuto srov. také výklad Tichého: „Působnost a typy kogentních norem“ (TICHÝ, Luboš. In: DVORÁK, Jan a kol. *Soukromé právo...*, op. cit., str. 9-10, kap. 1.2.4).

1.2.1. Normy relativně kogentní

Relativně kogentní normy bývají někdy v zahraniční doktríně označovány též jako subjektivně polokogentní normy⁹³, semiimperativní (*semiimperatywne*) normy, jednostranně působící normy dispozitivní⁹⁴, semidispozitivní (*semidystryktywne*) normy či též normy jednostranně bezpodmínečně zavazující (*normy jednostronne bezwzględnie obowiązujące*).⁹⁵ Již po pouhém přečtení těchto názvů musí být každému zřejmé, že teorie není jednotná v otázce, zda tyto normy tvoří podmnožinu norem kogentních, podmnožinu norem dispozitivních nebo zda stanoví zcela samostatnou kategorii. Upřímně řečeno, žádný praktický rozdíl v tom není, neboť jejich podstata zůstává stejná. Přenechme proto vyřešení této otázky – připomínající otázku, zda je sklenice napůl plná nebo napůl prázdná⁹⁶ – jiným. Bohatě si vystačíme s nijak kontroverzním, vesměs obecně přijímaným závěrem, že tyto normy působí na jednu stranu kogentně a na stranu druhou dispozitivně⁹⁷, jakkoliv je budeme nazývat a kategorizovat.

O relativně kogentních normách se nejčastěji hovoří v souvislosti s ochranou slabší strany.⁹⁸ Proto také výrazné vyčlenění norem této kategorie nastoupilo až ve XX. století, kdy chápání rovnosti ve formální rovině (rovnosti právní) bylo doplněno konceptem rovnosti materiální (faktické). Zákonodárce si postupně začal uvědomovat, že skutečná rovnost může být často dosažena pouze prostřednictvím právní „nerovnosti“, tj. nastolením stavu, kdy fakticky slabší strana je právně zvýhodněna.⁹⁹ Historicky vzato, předmětem ochrany byli nejdříve zejména zaměstnanci; zákonná ochrana ostatních definovaných skupin osob v právním styku v určitém směru

⁹³ Nebo taky „subjektivně“ polokogentní normy (viz také TICHÝ, Luboš. In: DVOŘÁK, Jan a kol. *Soukromé právo...*, op. cit., str. 9 a zahraniční lit., na kterou autor odkazuje).

⁹⁴ RADWAŃSKI, Zbigniew; OLEJNICZAK, Adam. *Prawo cywilne...*, op. cit., str. 40, marg. č. 83.

⁹⁵ RADWAŃSKI, Zbigniew; ZIELIŃSKI, Maciej. In: SAFJAN, Marek (red.). *Prawo cywilne...*, op. cit., str. 330, marg. č. 35.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Obdobně CHAUVIN, Tatiana; WINCZOREK, Piotr; STAWECKI, Tomasz. *Wstęp do prawnictwa*. 10. wydanie. Warszawa: C. H. Beck, 2016, str. 126.

⁹⁸ K tomu je třeba dodat, že někteří autoři používají spojení relativně kogentní norma ve zcela jiném významu, nežli autor této práce v následující kapitole. Viz např. Dvořák při rozboru povahy § 276 odst. 2 a § 288 odst. 3 OZ (DVOŘÁK, Tomáš. In: ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, str. 768, resp. str. 782).

⁹⁹ O vztahu zásady ochrany slabší strany a zásady rovnosti srov. také z nedávné doby příspěvek Švestky (ŠVESTKA, Jiří. In: DVOŘÁK, Jan a kol. *Soukromé právo...*, op. cit., str. 93-97).

zranitelných je ještě mladší (např. ochrana spotřebitele jako slabší strany se rozvíjí až od druhé poloviny XX. století).¹⁰⁰

Tyto úvahy se promítají i do soukromoprávní úpravy, přičemž v občanském zákoníku se zrcadlí právě prostřednictvím norem relativně kogentních. Někteří autoři dokonce normy relativně kogentní spojují výhradně s ochranou slabší strany. Například Radwański a Olejniczak míní, že semiimperativní normy stanoví minimální rámec ochrany zájmů jedné strany, a tudíž aplikace těchto norem může být vyloučena nebo omezena stranami pouze tehdy, pokud smluvní ujednání jsou příznivější pro stranu, která je předmětem zákonné ochrany.¹⁰¹

Ochrana slabší strany je nepochybně pro relativně kogentní normy typická. Nejhojněji jsou proto zastoupeny v ustanoveních občanského zákoníku, jež se vztahují k ochraně spotřebitele (§ 1812 odst. 2 OZ), nájemce (§ 2235 odst. 1 OZ), obchodního zástupce (§ 2519 odst. 2 OZ) nebo zákazníka (§ 2549, resp. § 2549a OZ). Nejsou to však jediné případy – např. relativně kogentní úpravu mají nově rovněž i určité aspekty promlčení (srov. § 630 OZ).

Velmi ilustrativní příklad omezení autonomie vůle nabízí relativně kogentní úprava nájemní smlouvy, pokud je předmětem nájmu byt nebo dům a zároveň nájemní smlouva směřuje k zajištění bytových potřeb nájemce (§ 2235 odst. 1 OZ).¹⁰² Zákonodárce silně chrání v tomto právním vztahu nájemce, když stanoví, že „[...] nepřihlíží se k ujednáním zkracujícím nájemcova práva podle ustanovení tohoto pododdílu“ (§ 2235 až § 2301 OZ). Ve skutečnosti to neznamená nic jiného, než že práva a povinnosti uvedené v předmětném pododdílu občanského zákoníku mohou být smluvně modifikovány pouze takto: povinnosti pronajímatele a práva nájemce mohou být rozšiřovány, naproti tomu povinnosti nájemce a práva pronajímatele pouze

¹⁰⁰ Srov. RADWAŃSKI, Zbigniew; ZIELIŃSKI, Maciej. In: SAFJAN, Marek (red.). *Prawo cywilne...*, op. cit., str. 315-316, marg. 9.

¹⁰¹ RADWAŃSKI, Zbigniew; OLEJNICZAK, Adam. *Prawo cywilne...*, op. cit., str. 40, marg. č. 83.

¹⁰² K ochraně nájemce jako slabší smluvní strany v účinném občanském zákoníku a její dopad na oblast právní úpravy nájmu bytu a domu. In: THURZOVÁ, Marta; MEZEI, Juraj (ed.). *Aktuálne otázky súkromného práva a ich priemet do vyučovacieho procesu: zborník príspevkov z teoreticko-praktického seminára s medzinárodnou účasťou, konaného u príležitosti 20. výročia vzniku Akadémie Policajného zboru v dňoch 18. a 19. júna 2013*. Bratislava: Akadémia Policajného zboru v Bratislave, 2013, str. 8-12.

zužovány.¹⁰³ Nebude se proto přihlížet k ujednání, že nájemné je splatné ke třetímu dni příslušného platebního období, zpravidla měsíce (pro rozpor s § 2251 odst. 1 OZ – je možné ujednat nejdříve splatnost na pátý den), stejně jako např. k povinnosti nájemce byt po ukončení nájmu vymalovat¹⁰⁴ (pro rozpor s § 2293 OZ – zakotveno právo nájemce odevzdat byt ve stavu, v jakém jej převzal, s přihlédnutím k běžnému opotřebení), nebo ke smluvnímu zákazu chovat v bytě jakékoliv zvíře (pro rozpor s § 2258 OZ). Na druhou stranu nic nebrání ujednání stran nájemní smlouvy, že drobné opravy související s užíváním bytu uhradí pronajímatel, byť je to dle výslovného znění ustanovení § 2257 odst. 2 OZ povinností nájemce. Jelikož se jedná o ujednání v neprospěch pronajímatele, zákonodárce jej nijak nesankcionuje, a tudíž připouští. A v tomto tkví kouzlo relativně kogentní úpravy.

Ve všech výše uvedených příkladech (ochrana obchodního zástupce, nájemce a zákazníka, s výjimkou spotřebitele – viz dále) zákonodárce výslovně určuje, v jakém směru se nelze od ustanovení odchýlit (*a contrario* dovodíme v jakém lze). V tomto ohledu zvláštní – míněno legislativně nepřesné – je ustanovení § 1812 odst. 2 OZ, které v první větě stanoví, že „[k] ujednáním odchyľujícím se od ustanovení zákona stanovených k ochraně spotřebitele se nepřihlíží.“ Z dikce ustanovení by totiž bylo možné dovodit, že se nepřihlíží i k ujednáním ve prospěch spotřebitele, která se odchyľují od ustanovení zákona (paradoxně stanovených k ochraně spotřebitele). Tento závěr je sice z formálního hlediska v pořádku, přesto však – jako zjevně absurdní – neobhájitelný. Hravě proto výkladem dovodíme, že je-li určité ustanovení zakotveno právě na ochranu spotřebitele, pochopitelně proti jeho smyslu a účelu by bylo, pokud by reprobovalo ujednání právě k jeho prospěchu.¹⁰⁵

Je důvodné se však domnívat, že výslovná zákonná modifikace povahy normy není podmínka nezbytná – postačí sama skutečnost, že *ratio legis* daného ustanovení je ochrana slabší strany.¹⁰⁶ Lze si kupříkladu představit, že práva a povinnosti obsažené ve smlouvě o nápomoci (§ 45 a násl. OZ) mohou být upravena odlišně od zákonné úpravy,

¹⁰³ Nejnovější judikatura k OZ o relativní kogentnosti ustanovení upravujících nájem bytu či domu přemýšlí i v širších, ne zcela očividných, souvislostech – srov. § 2295 OZ a rozhodnutí Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 3. 8. 2017, sp. zn. 22 Co 121/2017.

¹⁰⁴ V praxi je tato povinnost pořád zcela běžně po nájemcích vyžadována (řada smluv takovou povinnost jaksí ze setrvačnosti stále obsahuje).

¹⁰⁵ Obdobně HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054)*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, str. 419.

¹⁰⁶ Srov. MELZER, Filip. Dispozitivní a kogentní normy v novém občanském zákoníku. *Právní rozhledy*, 2013, č. 7, str. 259.

nikoliv však v neprospěch podporovaného. Ačkoliv toto pravidlo v občanském zákoníku výslovně u smlouvy o nápomoci uvedeno není, můžeme ho dovodit výkladem; Melzer stručně a výstižně, s odkazem na princip proporcionality, uzavírá, že „ochranná opatření nemá jít dále, než to ochrana skutečně vyžaduje.“¹⁰⁷

Autor této práce je tedy přesvědčen, že podmínkou pro posouzení normy jako relativně kogentní není, aby zákonodárce výslovně určil, koho ustanovení chrání a v jakém směru se od něj nelze odchýlit. Nelze ovšem ani výkladem překonat či pominout podmínku, že ochrana slabší strany musí být *sama o sobě* spjata s povahou a obsahem konkrétního ustanovení; opět je třeba připomenout, že nelze přihlížet ke *konkrétní* situaci či okolnostem případu. Ani v případě relativně kogentních norem se nemůžeme chovat jaksi selektivněji, tj. podle potřeby jednou chránit a jindy připustit odchylku.

Výše uvedené poznatky o relativně kogentních normách můžeme dílčím způsobem shrnout tak, že:

- relativně kogentní normy jsou (primárně) spojené s ochranou slabší strany, přičemž připouštějí modifikaci pouze ve prospěch této slabší strany;
- jejich právní povaha je (zpravidla) výslovně uvedená v zákoně, nicméně není to podmínka nezbytná, je-li nepochybné, že ochrana slabší strany je primárním cílem té které normy;
- ochrana slabší strany musí být spjata přímo s normou, tj. nejsou rozhodné konkrétní okolnosti případu, přičemž nerovnost stran pro právní povahu „neutrální“ normy nemá význam.¹⁰⁸

Pokud bychom skončili na tomto místě, pojednání o relativně kogentních normách by bylo neúplné, protože tyto normy se nezabývají pouze ochranou slabší strany *stricto sensu*. Eliáš výstižně v tomto kontextu hovoří o zákazu „*odchylky narušující standard nastavený právním pravidlem jako standard zákonodárcem závazně chťený*.“¹⁰⁹ Jedná se o širší (a přesnější) pojetí relativně kogentního práva, neboť toto pojetí umožňuje zahrnout do kategorie relativně kogentních norem i ty normy, jejichž účelem není ochrana slabší strany, ale zároveň je zjevné, že zákon připouští odchýlení

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Takový názor (uvedený v posledním bodu shrnutí) není přijímán jednotně, přičemž o této problematice bude pojednáno v samostatné kap. 1.3.1.

¹⁰⁹ ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 14.

se pouze v jednom směru. Eliáš poukázal na ustanovení § 1128 odst. 1 OZ, které stanoví, že „[o] běžné správě společné věci rozhodují spoluvlastníci většinou hlasů“, přičemž dovozuje, že spoluvlastníci si mohou ujednat, že i o záležitostech běžné správy bude potřebná k přijetí rozhodnutí např. tříčtvrtinová většina hlasů.¹¹⁰ Je patrné, že se zde nepromítá zásada ochrany slabší strany, v tomto případě menšinového vlastníka věci. Toho komentované ustanovení nijak nechrání, neboť menšinový vlastník věci přece může být přehlasován i prostou většinou hlasů.¹¹¹

Otázce, jak poznáme, že se jedná o „standard zákonodárcem závazně chtěný“, musí předcházet správná identifikace kogentní normy. Jinak řečeno až v momentě, kdy dovodíme donucující charakter normy, se můžeme dále ptát, zda tato upravuje „zákonný standard“ (tudíž ji můžeme modifikovat ve směru jeho zpřísnění), anebo bude kogentní bez dalšího. Zde bez hlubší analýzy lze poukázat na jednoduchý příklad: pokud občanský zákoník stanoví pro právní jednání určitou formu (bezpochyby tak stanoví kogentně), až na výjimky¹¹² se strany mohou od tohoto pravidla odchýlit a zvolit si formu přísnější, např. uzavřít výhradní licenční smlouvu ve formě veřejné listiny (v praxi se častěji bude jedna např. o kupní smlouvu, jejímž předmětem bude nemovitá věc, sepsanou ve formě notářského zápisu).

Lze tedy uzavřít, že relativně kogentní budou normy upravující určitý standard, ať už primárně chránící jednu stranu právního vztahu, v jejíž neprospěch tento standard nelze modifikovat (v tomto případě je možné též hovořit o „subjektivně polokogentních normách“), nebo obecněji stanovící podmínky, které lze modifikovat pouze v jednom směru, a to ve směru jejich zpřísnění.

1.2.2. Další druhy a typy kogentních norem

Pestrost soukromoprávní úpravy vede některé autory k tvoření dalších, specifických druhů kogentních norem, a tímto k doplnění či modifikaci všeobecně používaného dělení norem dle jejich povahy na kogentní, relativně kogentní

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Obdobné principy se mohou uplatnit i při zkoumání povahy § 156 odst. 1 OZ, který se týká rozhodování kolektivního orgánu právnické osoby nebo § 2729 odst. 1 OZ, jenž upravuje pravidla pro rozhodování o záležitostech tiché společnosti.

¹¹² Například obligatorní ústní forma vyžadována pro uzavření manželství (viz § 659 OZ).

a dispozitivní. Dočteme se mezi jinými o normách podmíněně¹¹³, fakticky¹¹⁴ či přechodně¹¹⁵ kogentních; některé kategorie výstižně poukazují na specifickou vlastnost vybraných donucujících ustanovení, jiné jsou tvořeny za konkrétním účelem, ať už to je „prolomení“ zákazu smluvní pokuty v neprospěch nájemce bytu (viz Szostokova „kvazikogence“)¹¹⁶, anebo přesnější identifikace kogentní normy (viz Hülleho rozřídění kogentních norem na výslovně kogentní normy, zprostředkovaně kogentní normy, normy povahou smíšené a normy účelově kogentní).¹¹⁷

V literatuře se rovněž hojně pracuje s pojmem norma (ustanovení, předpis) *částečně* kogentní, a to minimálně ve trojím významu. Předně řada autorů chápe tento pojem synonymicky k pojmu relativně kogentní norma.¹¹⁸ Dále lze s pojmem částečné kogentnosti pracovat i mimo tuto souvislost, jako například Dvořák při analýze ustanovení § 262 odst. 1 OZ¹¹⁹ nebo Šilhán při analýze ustanovení § 2006 odst. 1 OZ.¹²⁰ Zmínění autoři dospěli k závěru, že analyzovaná ustanovení obsahují jak pravidlo kogentní, tak i pravidlo dispozitivní, a proto ustanovení jako celek označili jako *částečně kogentní*. Rozbora kromě toho poukazuje, že v zahraniční doktríně se lze

¹¹³ Takovou skupinu norem – *normy względnie imperatywne* – vyčlenil Trzaskowski (TRZASKOWSKI, Roman. *Granice kształtowania treści i celu umów obligacyjnych*. Warszawa: Zakamycze, 2004, str. 237). Citováno z: SAFJAN, Marek (red.). *Prawo cywilne...*, op. cit., str. 330, pozn. pod čarou č. 75.

¹¹⁴ ZACH, Tomáš. *Dispozitivnost soukromého práva*, op. cit., str. 16. Blíže viz kap. 2.3.2.2.

¹¹⁵ TICHÝ, Luboš. *Obecná část občanského práva*. Praha: C. H. Beck, 2014, str. 80.

¹¹⁶ Blíže SZOSTOK, David. Opodstatněnost zákazu smluvních pokut v nájemních vztazích. *Soukromé právo*, 2017, č. 9, str. 12 a násl. Podstata „kvazikogence“ by měla podle Szostoka spočívat v tom, že – stručně řečeno – kogentní norma by odchýlné ujednání paradoxně připouštěla. Byla by tedy ve skutečnosti pouze „kvazikogentní“. Szostok nesouhlasí se zákazem smluvní pokuty v neprospěch nájemce (§ 2239 OZ) do té míry, že se ptá, zda zákaz smluvní pokuty nemůže být za určitých okolností považován právě za zákaz „kvazikogentní“. V určitém smyslu lze motivy autora pochopit. Na druhou stranu, je-li zákaz zcela jednoznačný a výslovný, zřejmě si jej zákonodárce (potažmo „lid“) takto i přeje. Je proto otázkou, zda v tomto případě není jedinou cestou pro smluvní volnost hledání politické shody pro změnu, novelizaci právního předpisu (namísto interpretace). Pro úplnost je třeba dodat, že Szostok nakonec připouští, že takto ujednaná smluvní pokuta by byla nicotná, přičemž pléduje pro přijetí co nejrychlejší novelizace OZ.

¹¹⁷ Viz HÜLLE, Tomáš. *Dispozitivní a kogentní ustanovení občanského zákoníku*. 2008, str. 8 a násl. Dostupné z: https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/civil/hulle_tomas.pdf.

¹¹⁸ Za mnohé například ŠUBRT, Bořivoj. K možností odchýlovat se od zákoníku práce. *Práce & mzda*. 2011. č. 8. Dostupné také z WWW: <http://www.mzdovapraxe.cz/archiv/dokument/doc-d34660v44278-k-moznostem-odchylovat-se-od-zakoniku-prace/>

¹¹⁹ DVOŘÁK, Tomáš. In: ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I*, op. cit., str. 750.

¹²⁰ ŠILHÁN, Josef. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V*, op. cit., str. 1226-1227.

setkat i s pojetím částečně kogentní normy (Half-Mandatory Rules) ve smyslu zcela specifické a samostatné skupiny kogentních norem.¹²¹

Hodná širšího zobecnění, s ohledem na nikoliv ojedinělý výskyt takových norem v občanském zákoníku, je kategorie *kogentních norem přechodných* (časově omezených kogentních norem¹²²). Tyto kogentní normy mají donucující povahu pouze po určité časové období, poté je již jejich povaha dispozitivní. Typickým příkladem je úprava zakázaných ujednání v rámci zástavní smlouvy, kdy dělítkem je dospělost zajištěného dluhu: do splatnosti dluhu si strany zástavní smlouvy nemohou např. ujednat, že věřitel může brát ze zástavy plody nebo užitky (§ 1315 odst. 2 OZ). Thöndel poukazuje na skutečnost, že motivem této zákonné konstrukce je rozdílné postavení dlužníka před a po splatnosti dluhu, kdy se má za to, že před splatností dluhu je dlužník v postavení slabší strany.¹²³

Mezi všemi zmíněnými kategoriemi lze pak postupovat různě, resp. lze je i kombinovat. Zůstaneme-li u právní úpravy zástavní smlouvy, pak je možné zmínit ustanovení § 1364 odst. 1 OZ. Toto obsahuje pravidlo, že zástavu lze zpeněžit až po uplynutí 30 dnů od oznámení dlužníkovi výkonu zástavního práva. Povahu daného pravidla zákonodárce výslovně řeší v odstavci 3 téhož ustanovení, který stanoví, že „[b]yla-li před oznámením ujednána lhůta kratší, nepřihlíží se k tomu.“ Z výše uvedeného jasně vyplývá, že pravidlo o třicetidenní lhůtě má před oznámením relativně kogentní povahu (je možné si v zástavní smlouvě ujednat lhůtu delší, nikoliv kratší), zatímco po oznámení má povahu zcela dispozitivní (zástavní věřitel se se zástavním dlužníkem může dohodnout i v den oznámení, že zástavu zpeněží ještě týž den). Komentovaný odstavec má tedy povahu relativně kogentní i dispozitivní, přičemž časovým mezníkem je moment oznámení zástavnímu dlužníkovi výkonu zástavního práva.

Je patrné, že některé normy jsou opravdu těžko zařaditelné do jednoduchého schématu „možnosti/nemožnosti“ platného odchýlení. Můžeme sice tvořit různé podskupiny skupin a podmnožiny množin, nicméně zřejmě nedokážeme „zaškatulkovat“ všechny specifické případy.

¹²¹ ROZBORA, Marián. Některá úskalí dispozitivnosti třetí části obchodního zákoníku z pohledu právní jistoty. *Obchodněprávní revue*, 2009, č. 9, str. 260 a zahraniční literatura, na kterou autor odkazuje v pozn. pod čarou č. 18.

¹²² Srov. TICHÝ, Luboš. In: DVORÁK, Jan a kol. *Soukromé právo...*, op. cit., str. 9.

¹²³ THÖNDEL, Alexandr. In: DVORÁK, Jan a kol. *Soukromé právo...*, op. cit., str. 78.

Kupříkladu není pochyb o tom, že ustanovení § 2749 odst. 1 OZ, jež tichému společníkovi zaručuje právo k nahlížení do obchodních dokladů a účetních záznamů podnikatele, je v obecné rovině dispozitivní. Právo tichého společníka lze proto smluvně rozšířit (podnikatel se např. zaváže tichému společníkovi čtvrtletně posílat kopii všech účetních záznamů), zúžit (např. tichý společník bude mít právo nahlížet pouze jednou za rok a navíc uhradí náklady s tímto nahlížením spojené), nebo dokonce zcela vyloučit. Druhá věta zkoumaného odstavce však situaci poněkud komplikuje, když stanoví, že „[k] ujednání, které toto právo omezuje nebo vylučuje, se nepřihlíží, osvědčí-li tichý společník rozumný důvod domnívat se, že obchodní doklady a účetní záznamy nejsou vedeny správně nebo poctivě.“ Z toho je patrné, že možnost vyloučení či omezení práva tichého společníka je pouze podmíněčná. Pokud totiž tichý společník rozumný důvod pro domněnku o nesprávném nebo nepoctivém vedení obchodních dokladů nebo účetních záznamů prokáže, z dispozitivního ustanovení se rázem stává ustanovení donucující, a to jednostranně. O povaze ustanovení tak bude jaksi zpětně rozhodovat odpověď na otázku, zda tichý společník úspěšně prokáže zmíněný „rozumný důvod“ nebo nikoliv.

Jiný příklad: obecná subjektivní promlčecí lhůta trvá tři roky (§ 629 OZ). V kontextu nové úpravy institutu promlčení se jedná o ustanovení dispozitivní¹²⁴, neboť strany si mohou ujednat, že promlčecí lhůta bude trvat 1 až 15 let (§ 630 odst. 1 OZ). Současně se však jedná o ustanovení relativně kogentní¹²⁵, neboť se nebude k ujednání kratší nebo delší lhůty přihlížet, pokud bude takto ujednána v neprospěch slabší strany (§ 630 odst. 2 OZ). V tomto zvláštním případě budou o povaze ustanovení rozhodovat okolnosti daného případu, tj. otázka, zda fakticky jednu stranu bude možno považovat za slabší.

Konečně např. vzdát se práva na podílení se mj. na zisku z provozování rodinného závodu je sice možné, ale pouze osobním prohlášením (formou veřejné listiny) a pod podmínkou plné svéprávnosti (§ 701 OZ). Zuklínová proto hovoří

¹²⁴ Srov. např. ŠPERKA, Tomáš. Modifikace délky promlčecí lhůty. *Rekodifikace & praxe*, 2013, č. 9, str. 3-5.

¹²⁵ Lze poukázat i na to, že se jedná o specifický druh relativně kogentní normy – není předem zjevné, ve kterém směru se lze odchýlit. Kritériem je „neprospěch“ pro „slabší stranu“, což může být jak prodloužení, tak i zkrácení.

o dispozitivnosti daného ustanovení, přičemž dodává, že dispozitivnost je omezena výše uvedenými obligatorními (kogentními) podmínkami.¹²⁶

Společným jmenovatelem výše uvedených příkladů specifických norem či ustanovení je skutečnost, že jejich povahová zvláštnost je téměř vždy uvedena přímo v zákoně. Obecně (nikoliv bezvýjimečně) si totiž nelze domyslet a ani interpretací dotvořit pravidlo, že některá norma je před určitou právní skutečností kogentní a po ní již dispozitivní, anebo za určitých okolností kogentní a za jiných již nikoliv atd. Nezbyvá však než tyto normy zkoumat kazuisticky. Útěchou badatelů budiž alespoň fakt, že s ohledem na výslovnou modifikaci uvedenou v zákoně nebude činit problém takové normy identifikovat.

1.3. Prolamování teoretických východisek kogentnosti a rizika s tím související

Prozatím již bylo řečeno mnoho jak o pravidlech, tak i o výjimkách z pravidla. Pro zopakování: pravidlem – teoretickým východiskem kogentnosti – autor této práce rozumí skutečnost, že se od kogentní normy nelze odchýlit *nikdy a nijak*, a také to, že právní povahu normy nelze jaksi individualizovat, protože tato je nezávislá na okolnostech konkrétního případu.

Výjimky můžeme kategorizovat do čtyř skupin:

- a) výjimky stanovené výslovně zákonem;
- b) výjimky dovozené ze základních zásad (ochrana slabší strany a princip proporcionality);
- c) výjimky dovozené *ad hoc* judikaturou („individuální“ výjimky);
- d) výjimky „obecné“, z teoretického hlediska problematické.

Ad a) a ad b): O těchto kategoriích již byla řeč: hovoříme o relativně kogentních normách a dalších, specifických typech kogentních norem (blíže viz kap. 1.2.).

Ad c): Do kategorie „individuálních“ (*ad hoc*) výjimek budou spadat normy s jednoznačně určenou povahou, v situaci, kdy judikatura dovodí pro konkrétní případ

¹²⁶ Srov. ZUKLÍNOVÁ, Michaela. In: ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek II.* Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, str. 109.

závěr opačný. Samozřejmě za splnění stejných podmínek takovou „dvojí povahu“ bude mít daná norma i do budoucna.

Kupříkladu v zákonném majetkovém režimu manželů obecně platí princip, že nabývá-li jeden z manželů věc ze svých výlučných prostředků, nestává se tato součástí společného jmění manželů (dále jen „SJM“), ale zůstává jeho výlučným vlastnictvím (§ 709 odst. 1 písm. d) OZ). Dlouhodobá judikatura Nejvyššího soudu nicméně dovozuje, že toto jinak kogentní pravidlo se neuplatní, projeví-li manželé společnou vůli nabýt věc do SJM.¹²⁷ Pro účely tohoto pojednání můžeme říci, že shodná vůle manželů rozšířit SJM mění *in concreto* povahu ustanovení § 709 OZ, zatímco v ostatních případech toto ustanovení zůstává donucující.¹²⁸

Individuální (*ad hoc*) výjimky tvořené judikaturou na jednu stranu sice oslabují teoretická východiska povahy norem, nicméně jsou zcela přirozené; zároveň jsou odůvodněné a umožňují flexibilní výklad té které normy s ohledem na jiné zájmy, hodnoty a principy. Bylo by proto nesmyslné v takových případech lpět na zachování principu neměnnosti právní povahy normy.

Ad d): Pracovním názvem „obecné“ či „problematické“ výjimky má autor této práce na mysli výjimky s širším dosahem, které se nevztahují k dvojí povaze konkrétní normy, ale k chápání kogentnosti a dispozitivnosti obecně. Potencionálně se totiž vztahují na povahu všech norem. Pozornost bude věnována dvěma možným problémům: (ne)závislosti povahy normy na stranách smlouvy (následující kapitola) a interpretaci ustanovení § 1 odst. 2 OZ (navazující kap. 1.3.2.).

¹²⁷ Viz rozsudek NS ze dne 1. 7. 2009, sp. zn. 22 Cdo 680/2009, kde NS dospěl k následujícímu závěru: „[s]hodná vůle manželů nabýt věc do BSM vylučuje uplatnění tzv. zákonných výluk uvedených v § 143 ObčZ ve znění před novelou provedenou zákonem č. 91/1998 Sb. Zákon nepochybně preferoval BSM před jejich oddělenými majetky, a zmíněné ustanovení tak není, pokud jde o nabytí jinak vyloučené věci do BSM, kogentní; pokud manželé projeví shodnou vůli nabýt věc do BSM, není na překážku takového nabytí skutečnost, že věc podléhá zákonné výluce z BSM.“ Je dovozováno ve vztahu k meritorně obdobnému, dřívějšímu rozhodnutí NS (rozsudek NS ze dne 19. 4. 2000, sp. zn. 22 Cdo 1658/98), že s ohledem na obdobnou úpravu v platném občanském zákoníku budou výše uvedené závěry použitelné i v kontextu nové právní úpravy OZ (blíže viz BEZOUŠKA, Petr a kol. *Soudní judikatura ve světle občanského zákoníku: komentovaný rejstřík judikatury a její použití po rekodifikaci*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, str. 131-132).

¹²⁸ Pokud by snad někdo namítal, že toto pravidlo s ohledem na možnost jeho modifikace manželskou smlouvou (§ 716 a násl. OZ) je dispozitivní, pak můžeme optiku obrátit: dvojí právní povahu bude mít ustanovení, které stanovuje obligatorní formu veřejné listiny pro smlouvu o manželském majetkovém režimu (§ 716 odst. 2 OZ), neboť v tomto konkrétním případě vymezeném judikaturou forma veřejné listiny nebyla nezbytná.

1.3.1. Právní povaha normy vs. strany právního vztahu

Vycházíme-li z předpokladu, že právní povaha normy je nezávislá na okolnostech daného případu, měli bychom učinit i obecný závěr, že tato je zásadně nezávislá i na stranách právního vztahu (buď kogentní „pro všechny“, anebo dispozitivní „pro všechny“). Samozřejmě se zde zabýváme normami, které jsou svou dikcí a smyslem takřikajíc „neutrální“, tj. že v nich není ochrana slabší strany výslovně nebo implicitně zakotvena.¹²⁹ Toto východisko bývá zpochybňováno ve dvou směrech: předně je dovozováno, že spotřebitele (nebo slabší stranu obecně) je třeba více chránit, z druhé strany je pak pokládána otázka, zda podnikatelům – ve vztazích mezi sebou – nemá být naopak více umožněno. Obě tyto otázky otevřel (či znovuotevřel) až účinný občanský zákoník.

Prvně zmíněnou problematiku uveďme příkladem: ustanovení § 2133 OZ upravuje možnost prodávajícího odstoupit od kupní smlouvy pro nezaplacení splátky kupujícím v případě, že nabytí vlastnického práva je vyhrazeno zaplacením kupní ceny ve splátkách. Z ustanovení vyplývá, že zaplatí-li kupující splátku, se kterou je v prodlení (tato splátka nesmí přesahovat desetinu kupní ceny), nejpozději s následující splátkou, prodávající nemá právo od smlouvy odstoupit. Ustanovení nijak *explicite* nechrání spotřebitele, mohli bychom proto říci, že je „neutrální“. Důvodová zpráva¹³⁰, stejně jako Kasík s Bednářem¹³¹, považují dané ustanovení za dispozitivní. Naproti tomu Tichý má za to, že ustanovení § 2133 OZ představuje „*určitý druh relativně kogentní právní normy, zejména ve vztahu podnikatel - spotřebitel, ale i v situaci, kdy je kupující jinak slabší stranou.*“¹³² Autor svůj názor odůvodňuje zejména tím, že ke koupi „na splátky“ přistupuje často osoba, která si zaplacení kupní ceny jednorázově zkrátka nemůže dovolit (a je proto ochotna uzavřít i nevýhodnou smlouvu). Proto takového kupujícího je třeba chránit.¹³³

Občanský zákoník toto dilema neřeší. Podporu pro závěr o relativně kogentní povaze zkoumaného ustanovení ve vztahu podnikatele se spotřebitelem nelze ani hledat

¹²⁹ K tomu srov. kap. 1.2.1. o relativně kogentních normách.

¹³⁰ Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanskému zákoníku – konsolidovaná verze. Dostupná z WWW: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>, str. 484 (dále jen „důvodová zpráva“; viz seznam zkratk).

¹³¹ KASÍK, Petr; BEDNÁŘ, Václav. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014)*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, str. 104.

¹³² TICHÝ, Luboš. In: ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek V*. Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2014, str. 895.

¹³³ Ibidem.

v ustanovení § 1812 odst. 2 OZ.¹³⁴ Předmětné ustanovení totiž zakládá diskontinuitu s předchozí právní úpravou (§ 55 odst. 1 OZ 1964¹³⁵), neboť nově zákonodárce hovoří o odchýlení se „od ustanovení zákona stanovených k ochraně spotřebitele“, zatímco předchozí zákonodárce byl obecnější, když normoval o odchýlných smluvních ujednáních u spotřebitelských smluv. Proto se dřívější judikatura ve vztahu k ustanovení § 55 odst. 1 OZ 1964 nakonec přiklonila k výkladu, že ustanovení se týká všech spotřebitelských smluv, tj. že kritériem není ochranná povaha normy, ale strany smlouvy (spotřebitel vs. podnikatel).¹³⁶ Pomiňme nyní otázku, zda byl tento extenzivní výklad namístě.¹³⁷ Důležité je, že dnešní ustanovení § 1812 odst. 2 OZ má podstatně užší záběr: vztahuje se pouze na ustanovení *explicite* stanovených k ochraně spotřebitele, byť napříč občanským zákoníkem¹³⁸ a v zásadě nejen v něm.¹³⁹ V každém případě ustanovení § 2133 OZ není ustanovením výslovně stanoveným k ochraně spotřebitele.

Stejnou problematiku můžeme vnímat i opačnou optikou; namísto ochrany spotřebitele (event. slabší strany) se můžeme soustředit na otázku smluvní volnosti podnikatelů. Jak známo, podnikatelé coby profesionálové v právním styku nemusí požívat „přísné“ zákonné ochrany, proto také zákon v řadě případů připouští větší míru smluvní volnosti v podnikatelských vztazích. Nelze také zapomínat na obecnou zásadu, podle které jde k tíži podnikatele, pokud nejedná se znalostí a pečlivostí vyžadovanou pro jeho povolání (§ 5 odst. 1 OZ).

Komercializací občanského práva byly podnikatelské vztahy – zjednodušeně řečeno – přeneseny na půdu civilního kodexu, což také na mnoha místech nový občanský zákoník reflektuje (např. podnikatel se nemůže dovolat neúměrného zkrácení dle § 1793 OZ nebo lichvy dle § 1796 OZ; dále srov. např. § 1754 odst. 2, § 1874,

¹³⁴ „K ujednáním odchylujícím se od ustanovení zákona stanovených k ochraně spotřebitele se nepřihlíží.[...]“

¹³⁵ „Smluvní ujednání spotřebitelských smluv se nemohou odchýlit od zákona v neprospěch spotřebitele. Spotřebitel se zejména nemůže vzdát práv, které mu zákon poskytuje, nebo jinak zhoršit své smluvní postavení.“

¹³⁶ HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V*, op. cit., str. 416. Hulmák odkazuje (mj.) na rozsudek NS ze dne 29. 11. 2010, sp. zn. 33 Cdo 2330/2009 nebo na nález ÚS ze dne 27. října 2011, sp. zn. I. ÚS 1845/11.

¹³⁷ K tomuto výkladu se velmi kriticky staví Melzer (MELZER, Filip. Kogentní a dispozitivní právní normy. In: HAVEL, Bohumil; PIHERA, Vlastimil (ed.). *Soukromé právo...*, op. cit., str. 220, pozn. pod čarou č. 17).

¹³⁸ Nejen tedy v díle 4, hlavy I, části čtvrté OZ; viz např. § 2090 OZ.

¹³⁹ Podrobněji viz HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V*, op. cit., str. 416.

§ 2431 OZ). Pro téma kogentnosti norem je zásadní, že zatímco obchodní zákoník obsahoval taxativní výčet kogentních norem v ustanovení § 263 (ostatní ustanovení byla *a contrario* dispozitivní),¹⁴⁰ platný občanský zákoník obsahuje ve srovnání s ObchZ vesměs ojedinělé modifikace právní povahy té které normy pro vztah dvou podnikatelů (např. podnikatelé mohou vyloučit či odchýlit se od obecné úpravy adhezních smluv; srov. § 1801 OZ). Ve zbytku zákoník mlčí. Proto se také můžeme setkat s názorem, že „neutrální“ norma se pro podnikatele může chovat dispozitivně, zatímco v právních vztazích jiných subjektů kogentně.¹⁴¹

Z jedné i z druhé strany vzato, obloukem se dostáváme zpět k otázce, zda může být právní povaha normy závislá na stranách smlouvy, když, jak bylo ukázáno výše, lze pro takový závěr nalézt i pádné důvody.

Kladná odpověď na položenou otázku do chápání právní povahy normy vnese značný prvek nestability. Z hlediska subjektů se totiž smluvní vztahy dělí již tradičně na vztahy mezi dvěma podnikateli (B2B¹⁴²), mezi podnikatelem a spotřebitelem (B2C¹⁴³) a tzv. *P2P Contracts*¹⁴⁴, kdy na ani jedné straně smluvního vztahu nevystupuje podnikatel.¹⁴⁵ Nabízí se první otázka, a sice zda stejnou míru smluvní volnosti připustíme ve vztazích B2B a P2P, tedy vztazích dvou formálně rovných subjektů, byť v prvním případě dvou profesionálů, a v druhém dvou soukromých osob, „laiků“. Jinak řečeno, zda norma, která je dispozitivní s ohledem na charakter vztahu B2B, má být stejně dispozitivní i ve vztazích P2P.

Nejedná se však pouze o formální rozdělení, kdy můžeme na základě zákonných kritérií s jistotou určit, kdo je z hlediska práva spotřebitel (§ 419 OZ) a kdo podnikatel (§ 420 a násl. OZ).¹⁴⁶ Nelze totiž přehlížet, že i mezi podnikateli jsou značné rozdíly (formálně vzato, žádá-li řemeslník o podnikatelský úvěr v bance, jedná se o vztah dvou

¹⁴⁰ K taxativnímu výčtu kogentních norem srov. kap. 2.2.1.

¹⁴¹ Například takovou možnost ve vztahu k povaze ustanovení o moderaci smluvní pokuty (§ 2051 OZ) připustil Lovětinský. Blíže viz LOVĚTÍNSKÝ, Vojtěch. Lze smluvně vyloučit právo soudu snížit nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu? Příspěvek publikovaný dne 16. února 2017 [online]. Dostupný z WWW: <https://www.epravo.cz/top/clanky/lze-smluvne-vyloucit-pravo-soudu-snit-nepriemerene-vysokou-smluvni-pokutu-105192.html>

¹⁴² Zkratka odvozena ze spojení „*Business – to – Business Contracts*“.

¹⁴³ Zkratka odvozena ze spojení „*Business – to – Consumer Contracts*“.

¹⁴⁴ Zkratka odvozena ze spojení „*Private – to – Private Contracts*“.

¹⁴⁵ Srov. HURDÍK, Jan; LAVICKÝ, Petr. *Systém zásad soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2010, str. 89-90.

¹⁴⁶ K tomu, po vzoru evropské legislativy a § 1315 odst. 3 OZ, by bylo možno vyčlenit další v tom smyslu „objektivní“ kategorii subjektů, a sice malého a středního podnikatele, což by situaci dále zkomplikovalo.

„rovných“ subjektů¹⁴⁷). Snaha o přiblížení ekonomické reality ve svém důsledku může vést k celkové relativizaci otázky právní povahy normy, kdy nebudeme zkoumat vztahy z hlediska subjektů „objektivně“ (podnikatel vs. podnikatel, podnikatel vs. spotřebitel), nýbrž individuálně; budeme pátrat po slabší straně v tom kterém právním vztahu.¹⁴⁸ Zde problematika sklouzává opět k čisté kazuistice, přihlížení ke všem okolnostem jednotlivých případů a vyhodnocení konkrétní situace, zda je namístě tu či onu stranu považovat pro účely určení právní povahy normy za slabší. Koneckonců Tichý při zkoumání povahy ustanovení § 2133 OZ nevztahoval relativní kogentnost tohoto ustanovení pouze na ochranu spotřebitele, ale i na „jinak slabší stranu“.¹⁴⁹

Zvolíme-li takový přístup k otázce kogentnosti/dispozitivnosti právních norem, důsledkem nutně bude (kromě toho, že norma může mít v zásadě tři varianty své právní povahy – B2B, B2C, P2P) proměnlivost právní povahy normy v závislosti na vyhodnocení konkrétního právního vztahu jako vztahu dvou fakticky nerovných (slabší/silnější) subjektů.

1.3.2. Povaha normy podle hypotetického výsledku její aplikace¹⁵⁰

Na tomto místě však úvahy o relativizaci teoretických východisek kogentní normy – nemožnosti odchýlit se *nikdy* a *nijak* a *stálost* její povahy – nekončí. Druhou stěžejní otázku přinesl nový občanský zákoník ustanovením § 1 odst. 2. Podle důvodové zprávy¹⁵¹ má věta za středníkem („*zakázána jsou ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo týkající se postavení osob, včetně práva na ochranu osobnosti*“) tohoto odstavce sloužit jako vodítko pro rozlišení kogentních a dispozitivních norem mimo výslovné znění v zákoně.

¹⁴⁷ Ale nejde pouze o zmíněný „primitivní“ příklad s řemeslníkem a bankou. I mezi dvěma velkopodnikateli mohou v konkrétní situaci vystupovat značné nerovnosti, např. ve vztahu nadnárodního obchodního řetězce a výrobce, který usiluje o umístění zboží v prodejně tohoto řetězce (takto HURDÍK, Jan; LAVICKÝ, Petr. *Systém zásad...*, op. cit., str. 90).

¹⁴⁸ Srov. § 630 odst. 2 OZ. Zákonodárce zde neřeší, kdo je slabší stranou, pouze stanoví, že kratší nebo delší promlčecí lhůta nesmí být ujednána v její neprospěch (k pojmu „slabší strany“ srov. také vyvratitelnou právní domněnku v § 433 odst. 2 OZ).

¹⁴⁹ TICHÝ, Luboš. In: ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek V*, op. cit., str. 895.

¹⁵⁰ Krátká poznámka v této kapitole (a delší citace Berana) je zde autorem této práce učiněna pouze za účelem „nařknutí“ tématu možné interpretace § 1 odst. 2 OZ, a to proto, že výrazně souvisí s chápáním kogentnosti norem obecně (souvisí s výjimkou z pravidla neměnnosti právního charakteru normy). Rozboru § 1 odst. 2 OZ bude věnováno mnoho prostoru v druhé části této práce.

¹⁵¹ Důvodová zpráva, str. 31 a násl.

Toto ustanovení dovedlo Berana k úvaze, že „[z]ávěr o dispozitivním nebo kogentním charakteru právní normy bude proto záležet na tom, dospěje-li v konkrétním případě soud k závěru, že takové ujednání neporušuje dobré mravy, veřejný pořádek nebo se netýká postavení osob. Na kogentnost či dispozitivnost dotyčné normy tak bude možno prakticky usuzovat zpětně podle výsledku, k jakému by soud dospěl při řešení individuálního případu. Určitou slabinou tohoto přístupu může být, že jedno a totéž ustanovení bude jednou vykládáno jako dispozitivní a podruhé jako kogentní podle hypotetického výsledku jeho aplikace, tj. podle toho, zda bude soud v individuálním případě považovat určité ujednání za např. v rozporu s dobrými mravy. Za kogentní a dispozitivní tak bude třeba spíše než právní normu považovat hypotetický výsledek její aplikace v individuálním případě. To se však může ocitnout v rozporu s požadavkem na obecnost právních norem.“¹⁵²

Výše uvedené závěry zcela mění dosavadní chápání kogentnosti norem obecně. Všimněme si, že v tomto pojetí kogentní již není norma, ale „výsledek její aplikace“. Takový závěr je sice možný, nicméně se nabízí otázka, zda je tato změna žádoucí, zda byla zamýšlena a co bude jejím eventuálním důsledkem.

1.3.3. Společné téze. Smysl dělení norem na kogentní a dispozitivní

Rozmělnění teoretických východisek kogentnosti je do značné míry rizikové a má i svoji cenu. Tou cenou je oslabení právní jistoty a předvídatelnosti práva, a nakonec i možná ztráta smyslu rozlišování norem na kogentní a dispozitivní vůbec.

Může-li totiž norma mít dispozitivní i kogentní povahu zároveň, dokonce může-li právní povaha normy záležet na okolnostech konkrétního případu, pak jakou má ta která norma povahu se nepochybně dozvíme až pravomocným rozsudkem, nejspíše potvrzeným Nejvyšším soudem. Jelikož se však každý případ může – co se okolností týče – značně lišit, vytvořená dílčí judikatura by zřejmě ani nebyla hodná širšího zobecnění (nechceme-li použít silnější slova a říci, že by prakticky byla použitelná pouze pro konkrétní případ). Zároveň takové chápání kogentní normy z povahy věci vylučuje možnost identifikace povahy normy *předem*, na základě

¹⁵² BERAN, Karel. In: DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanské právo hmotné*, op. cit., str. 137-138.

určitých objektivních kritérií. Proto je autor této práce k výše uvedeným úvahám spíše skeptický.

Právní povaha normy by dle názoru autora této práce měla zásadně zůstat nezávislá na okolnostech daného případu, včetně „okolnosti“ dané tím, které subjekty právně jednají za účelem uzavření smlouvy, jejíž práva a povinnost budou upraveny odchylně od zákona. Modifikace tohoto principu by měla být ponechána v rukou zákonodárce. Již nyní zákonodárce výslovně stanoví, kdy se podnikatelé můžou odchýlit, ostatní *a contrario* nikoliv (např. § 1801 OZ), kdy se nelze odchýlit v neprospěch spotřebitele (např. § 1812 OZ), kdy zase v neprospěch slabší strany (např. § 630 OZ) a konečně, kdy má soudce hledat „spravedlnost“ pro daný případ (např. § 1963, 1964 a 1965 OZ). V ostatních případech můžeme dovozovat, že je norma kogentní nebo dispozitivní, „buď/anebo“.¹⁵³ Zároveň neustále je třeba mít na paměti, že se pohybujeme v oblasti soukromého práva, kde dispozitivnost má být pravidlem a kogentnost výjimkou (k tomu srov. násl. kap. 1.4.).¹⁵⁴

Příliš tvrdé důsledky takového přístupu mírní pravidlo, že právní jednání, které není v souladu s dobrými mravy, je neplatné (§ 580 OZ). Proto také ujednání, jímž se strany odchýlí od dispozitivní normy takovým způsobem, že bude dán rozpor s dobrými mravy, bude neplatné. Toto ovšem nemá za následek změnu právní povahy normy z dispozitivní na kogentní.

Ve vztazích fakticky nerovných subjektů je třeba poukázat na další korektiv, a sice ustanovení § 433 OZ, které zakazuje podnikateli zneužít své postavení (jak vůči spotřebiteli, tak vůči jinému podnikateli).

Ve vztahu k výše uvedeným úvahám Berana na téma možné interpretace ustanovení § 1 odst. 2 OZ¹⁵⁵ by se autor těchto řádků přiklonil k závěru, že ustanovení je možné interpretovat způsobem, který nepopírá obecná východiska kogentnosti: že *pro futuro* zůstaneme u zkoumání povahy normy (nikoliv následku aplikace), a že *norma* zůstane kogentní nebo dispozitivní (nikoliv hypotetický následek aplikace pro konkrétní případ).

¹⁵³ Samozřejmě zde autor této práce ponechává stranou již probíranou problematiku relativně kogentních norem, kdy zákonodárce nemusí výslovně zakotvit možnost/nemožnost odchylky, ale postačí, že *ratio legis* daného ustanovení je ochrana slabší strany (k tomu srov. kap. 1.2.).

¹⁵⁴ Proto by se autor této práce ve vztahu ke shora nastíněnému problému – právní povaze § 2133 OZ (viz úvod kap. 1.3.1.) – přiklonil k závěru o dispozitivní povaze tohoto ustanovení.

¹⁵⁵ Podrobněji viz zejména kap. 2.3.2. a násl.

Beran hovořil o tom, že takové (nové) chápání může být v rozporu s principem obecnosti právních norem¹⁵⁶ a má nepochybně pravdu. Autor této práce se dokonce domnívá, že kromě principů obecnosti právních norem, právní jistoty a předvídatelnosti práva, by takové pojetí zasáhlo i sám (praktický) smysl rozlišování norem na kogentní a dispozitivní. Tím smyslem je dle autora této práce možnost subjektů dopředu zjistit (nikoli *ex post* v soudním řízení), od čeho se mohou odchýlit a od čeho nikoliv; ve výsledku zkonstruovat svůj právní vztah s relativně velkou mírou svobody, ale zároveň i relativně velkou mírou jistoty, že práva a povinnosti, byť odchylně od zákona, jsou ujednána platně.

Tohoto smyslu nemůže být dosaženo, aniž bychom předvídatelně poznali kogentní normu¹⁵⁷ a po jejím poznání uznali, že její charakter není proměnlivý, ale stálý.

1.4. Kogentní norma v kontextu základních zásad občanského zákoníku

Právní instituty bývají málokdy zcela samoúčelné; zpravidla se sebou nesou určitou myšlenku, jež právní úprava jejich prostřednictvím prosazuje. Nejinak je tomu i v probírané problematice. Proto bude v následující kapitole poukázáno na hlubší rovinu dělení norem na kogentní a dispozitivní – na zásady, ze kterých dualismus povahy norem vychází, a následně rovněž na funkce kogentních norem, které tyto v soukromém právu plní. Středobodem této kapitoly tak bude polarita mezi stěžejním principem autonomie vůle, v němž se zrcadlí zásadní dispozitivnost norem občanského zákoníku, a principy stojícími, obrazně řečeno, na druhé straně barikády (princip rovnosti, právní jistoty atd.), jež tuto zásadu vždy v určitém směru korigují či doplňují.

1.4.1. Právo autonomní a heteronomní (V. Knapp¹⁵⁸)

Začněme však exkursem k právně-filosofickým kořenům této problematiky, který posléze umožní bipartici kogentnosti a dispozitivnosti norem pozorovat

¹⁵⁶ BERAN, Karel. In: DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanské právo hmotné*, op. cit., str. 138.

¹⁵⁷ Což v řadě případů není jednoduché (viz část 2. této práce).

¹⁵⁸ Několik úvah v následující kapitole vychází zejména z myšlenek Knappa (KNAPP, Viktor. *O právu kogentním...*, op. cit., str. 1-11, dále též srov. KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, str. 52-53).

s odstupem, tj. v širších souvislostech. Zde je vhodné odkázat na již starší – leč nestárnoucí – úvahy Knappa: podle něj podstata dělení norem na kogentní a dispozitivní leží již v otázce, co je to právo, a zejména pak, kdo právo „vytváří“. Z tohoto pohledu autor rozlišuje *právo heteronomní* – tedy právo, které je dáno lidem „zvenčí“ – a *právo autonomní*, tj. ta pravidla, která si lidé vytvoří mezi sebou, sami, a ze své vůle se jim podřídí.¹⁵⁹

Právo heteronomní je především „produktem“ státu, entity, která je odlišná od jejího adresáta. Subjekty práva si autonomní právo naopak vytvářejí samy, neboť jim to buď právo umožňuje výslovně, anebo umožňuje svým mlčením (nezakazuje, tudíž platí „co není zakázáno, je dovoleno“). Z výše uvedeného vyplývá i základní rozdíl mezi těmito kategoriemi: právo heteronomní je *obecné* a působí *erga omnes*, právo autonomní působí *inter partes*.¹⁶⁰

Nenechme se však zmást: jak kogentní, tak i dispozitivní právo spadá ve výše uvedeném pojetí do oblasti práva heteronomního (jedno i druhé je totiž „vytvořeno“ státem). Přesto autonomní normotvorba s problematikou kogentnosti výsostně souvisí – otázka kogentnosti norem je otázkou vztahu heteronomního a autonomního práva¹⁶¹; jinak řečeno taktéž otázkou, jak daleko autonomní normotvorba může zajít, kam až ji pustíme a jaký limit jí nastavíme.

Heteronomní právo je totiž v určitém smyslu autonomnímu právu nadřazené¹⁶², ale zároveň mu (dobrovolně) může ustupovat. Právě kogentnost – jako vlastnost právních norem, kterou normy mohou, a také nemusí mít – stanovuje autonomnímu právu (autonomní normě) limity. Kogentní právo nepřipouští autonomní normotvorbu, a tudíž je jí nadřazené, naopak dispozitivní právo jí ustupuje, dokonce autonomní regulaci předpokládá a uplatní se pouze tehdy, pokud tato chybí.¹⁶³

¹⁵⁹ KNAPP, Viktor. O právu kogentním..., op. cit., str. 6-7.

¹⁶⁰ Ibidem.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Dle Berana možnost autonomní normotvorby je odvozena od práva heteronomního (BERAN, Karel. In: GERLOCH, Aleš a kol. *Teorie a praxe tvorby práva*. Praha: ASPI-Wolters Kluwer, 2008, str. 120).

¹⁶³ Dosah autonomní regulace (normotvorby) je však značně širší. Knapp k tomu dodává ještě dvě situace: zákon mlčí a zákon autonomní regulaci přímo vyžaduje (např. stanovy). Srov. KNAPP, Viktor. O právu kogentním..., op. cit., str. 7.

Podstatná je však skutečnost, že možnost autonomní normotvorby vychází z lidské svobody¹⁶⁴, kterou stát pouze konstatuje, neboť, jak výstižně dodává Telec, „[n]ic jiného než pouhé konstatování mu také nezbyvá.“¹⁶⁵ Svobody jako možnosti každého chovat se podle svého, zavázat se, nevázat se, zkrátka „*docela normálně žít a nechat žít*.“¹⁶⁶ V kontextu kogentnosti však nehovoříme o jakékoli svobodě obecně, ale právě o svobodě k autonomnímu určení obsahu právního jednání, práv a povinností.¹⁶⁷

Zásah státu do této svobody vyžaduje legitimitu. Mohli bychom také říci: kogentnost vyžaduje legitimitu (důvod), dispozitivnost nikoliv. A právě o tom bude řeč v následujících kapitolách.

1.4.2. Svoboda a autonomie vůle v platném občanském zákoníku

Není třeba příliš rozvádět, že po úpadku komunistického režimu v roce 1989 byl pojem *svoboda* skloňován ve všech pádech a akcentován v různých sférách společenského života, samozřejmě i včetně života právního. Do soukromého práva, a zejména pak do práva občanského se duch doby záhy promítnul novelou z roku 1991¹⁶⁸ tehdy účinného občanského zákoníku – od této chvíle si zásada *autonomie vůle* razí cestu na výsluní, aby se až s přijetím nového občanského zákoníku v roce 2012 znovu stala stěžejní a vůdčí zásadou soukromého práva.¹⁶⁹ Ostatně potřeba důsledného respektování svobody člověka a jeho autonomie byla bezpochyby jednou z důležitých motivací, byť samozřejmě nikoliv jedinou¹⁷⁰, pro přistoupení k takto rozsáhlé

¹⁶⁴ Ke svobodě šířeji viz KNAPP, Viktor. *Teorie práva*, op. cit., str. 114 a násl.

¹⁶⁵ TELEC, Ivo. *Není rozpor se zákonem jako rozpor se zákonem*. *Právní rozhledy*, 2004, č. 5, str. 165.

¹⁶⁶ *Ibidem*, str. 163.

¹⁶⁷ KNAPP, Viktor. *O právu kogentním...*, op. cit., str. 9.

¹⁶⁸ Zákon č. 509/1991 Sb., kterým se mění, doplňuje a upravuje občanský zákoník. Do ustanovení § 2 OZ 1964 byl novelou vložen odstavec 3. ve znění: „[ú]častníci občanskoprávních vztahů si mohou vzájemná práva a povinnosti upravit dohodou odchylně od zákona, jestliže to zákon výslovně nezakazuje a jestliže z povahy ustanovení zákona nevyplývá, že se od něj nelze odchýlit.“

¹⁶⁹ Hurdík například upozorňuje, že OZ 1964 akcentoval (i po předmětné novele) díky § 2 odst. 2 princip rovnosti před principem svobody. Srov. HURDÍK, Jan. *Občanské právo hmotné: obecná část, absolutní majetková práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, str. 72.

¹⁷⁰ Šířeji o rekodifikaci a o tom, proč k ní bylo přistoupeno, srov. ELISCHER, David; FRINTA, Ondřej; PAUKNEROVÁ, Monika. *Recodification of private law in the Czech Republic*. In: RIVERA, Julio César (ed.). *The Scope and Structure of Civil Codes*. Dordrecht: Springer, 2013, str. 105-132.

rekodifikaci soukromého práva.¹⁷¹ Byť se zdá, že chvalozpěv svobody zní v doktríně zcela unisono, najdou se i hlasy, které toto nadšení krotí.¹⁷²

Pomineme-li mezinárodní úpravu, vychází normativní zakotvení svobody jako principu z Ústavy a Listiny základních práv a svobod, konkrétně ze známého úsloví „co není zakázáno, je dovoleno“, jinak formulovaného v čl. 2, odst. 4 Ústavy a čl. 2, odst. 3 Listiny. Svoboda jednotlivce se v soukromém právu projevuje důrazem na autonomii vůle. Důvodová zpráva k občanskému zákoníku nenechá nikoho na pochybách, za jak důležitou zásadu ji zákonodárce považuje – autonomie vůle je dle důvodové zprávy *první* zásadou soukromého práva (oproti dosavadnímu – metodologicky vadnému – přístupu, který považoval za první zásadu rovnost), neboť základní funkcí soukromého a občanského práva je umožnit svobodné rozvíjení soukromého života.¹⁷³

Účinný občanský zákoník vyzdvihuje, pro někoho možná až příliš pateticky, svobodu a zásadu autonomie vůle hned v úvodních ustanoveních, když stanoví, že „[s]oukromé právo chrání svobodu člověka i jeho přirozené právo brát se¹⁷⁴ o vlastní štěstí a štěstí jeho rodiny nebo lidí jemu blízkých takovým způsobem, jenž nepůsobí bezdůvodně újmu druhým“ (§ 3 OZ). Taktéž zákoník ukládá obecnou povinnost každému „ctít svobodné rozhodnutí člověka žít podle svého“ (§ 81 odst. 1 OZ). Samozřejmě se nejedná pouze o ustanovení, která o svobodě hovoří přímo, ale o celou řadu jiných, která implicitně s autonomií vůle pracují (např. § 1 odst. 2, § 1746 odst. 2 OZ).

¹⁷¹ Srov. např. ELIÁŠ, Karel. Nový občanský zákoník ve Sbírce zákonů. *Právní rozhledy*, 2012, č. 7, str. 230-231.

¹⁷² Např. Pelikán v kontextu svobody (a autonomie vůle) se provokativně ptá, zda je neochvějné paradigma přednosti principu autonomie vůle v soukromém právu namístě i ve XXI. století, kdy společenský a hlavně ekonomický kontext je zcela jiný, nežli tomu bylo v dobách, v nichž uvedený princip vznikl. Blíže PELIKÁN, Robert. *Soukromoprávní paradigma právní svobody ve světle ekonomických proměn společnosti*. Příspěvek na konferenci „Dvojí právo (nový dualismus práva)“, ze dne 13. listopadu 2014. Dostupné z WWW: <https://www.youtube.com/watch?v=7VluoHRbCH0>

¹⁷³ Důvodová zpráva, str. 12.

¹⁷⁴ Hajn tuto formulaci - sloveso „brát se“ - kriticky, ale vtipně kvitoval, že „[t]ermínem brát se však může být naznačeno, že lidská snaha o vlastní štěstí (i ona snaha chráněna za jistých podmínek soukromým právem) se neobejde bez nemalé dávky důrazné dobyvačnosti.“ (HAJN, Petr. Ochrana osobnosti a úvodní ustanovení občanského zákoníku. In: SUCHÁ, Ludmila; MOKRÝ, Antonín (ed). *Sborník přednášek a článků k novému občanskému zákoníku (2013-2014)*. Praha: Pražské sdružení Jednoty českých právníků, 2014, str. 11).

Autonomie vůle se zpravidla charakterizuje jako „široká možnost soukromoprávních subjektů¹⁷⁵ utvářet soukromoprávní vztahy podle jejich svobodné vůle [...]“. ¹⁷⁶ Pokud bychom chtěli projevy autonomie vůle více konkretizovat, pak budeme hovořit o čtyřech rovinách svobody subjektu soukromoprávního vztahu; subjekt se může rozhodnout:

- zda uskuteční nějaké právně relevantní chování, či nikoliv;
- kdo bude adresátem tohoto chování;
- jaký bude obsah právně relevantního chování;
- jakou formu bude právně relevantní chování mít.¹⁷⁷

Autonomie vůle může mít v soukromém právu různé podoby; nejde jen o vlastnickou, testovací nebo smluvní autonomii, ale také o autonomii v oblasti duševního a osobnostního rozvoje nebo rozvoje manželského a rodinného společenství.¹⁷⁸

1.4.3. Kogentní norma jako omezení autonomie vůle

Svoboda člověka má nejenom fyzické limity, ale i právní. Zásada autonomie vůle proto není nikdy bezbřehá, nikdy a nikde nevystupuje v absolutním pojetí.¹⁷⁹ V současné době tak soukromé právo neklade otázku, zda svobodu omezovat, či nikoliv, nýbrž konstantně hledá správnou (přiměřenou) míru omezení svobody s ohledem na jiné hodnoty a principy, na nichž musí kterákoliv moderní společnost trvat.¹⁸⁰ V tomto kontextu je třeba poukázat na princip právní jistoty (do jehož rámce můžeme zahrnout i zásadu ochrany práv třetích osob), zásadu ochrany slabší (smluvní) strany, zásadu výkonu práv v souladu s dobrými mravy, zásadu *neminem laedere*,

¹⁷⁵ Plná autonomie vůle se týká skutečně pouze soukromoprávních subjektů. Například stát jako právnická osoba *sui generis* touto nedisponuje (srov. nález ÚS ze dne 3. 9. 2008, sp. zn. II. ÚS 446/08).

¹⁷⁶ HURDÍK, Jan; LAVICKÝ, Petr. *Systém zásad...*, op. cit., str. 82-83.

¹⁷⁷ Ibidem, str. 87-88.

¹⁷⁸ DVOŘÁK, Jan. In: DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanské právo hmotné*, op. cit., str. 34.

¹⁷⁹ Obdobně RADWAŃSKI, Zbigniew; OLEJNICZAK, Adam. *Prawo cywilne...*, op. cit., str. 18, marg. č. 37.

¹⁸⁰ I naprosto zatvrdělý zastánce libertarianismu by zřejmě uznal neplatnost zástavní smlouvy, pokud by předmětem zástavy byla ledvina zástavního dlužníka, byť by se jednalo o zcela svobodný projev vůle zástavního dlužníka „svoji“ ledvinu zastavit (s argumentem, že se jedná o párový orgán, přičemž se dá úspěšně žít i s jednou ledvinou).

zásadu zákazu zneužití práva, zásadu proporcionality atd.¹⁸¹ Na druhou stranu se moderní soukromé právo snaží zachovat co možná nejliberálnější uspořádání vztahů soukromoprávních subjektů, neboť takové nejlépe odpovídá pojetí demokratického právního státu (založeného na respektu ke svobodě člověka jako takového) a tržního hospodářství (založeného na přesvědčení, že trh funguje nejlépe, pokud se jeho účastníci rozhodují svobodně, tj. bez „pečovatelských“ zásahů státu do jejich soukromých záležitostí).

V kontextu kogentnosti má největší význam hovořit o smluvní volnosti jakožto o nejdůležitějším projevu zásady autonomie vůle. Zásadě smluvní volnosti – jednoduše charakterizované jako možnost subjektu smlouvu uzavřít, či neuzavřít a také zvolit si její obsah, stranu/strany a formu¹⁸² – odpovídá nepochybně i možnost smluvních stran si autonomně upravit práva a povinnosti odchylně od zákona. Odchylka však nemůže jít nad rámec kogentní normy, proto kogentní normy v určitém smyslu určují rozsah smluvní svobody a spoluurčují její limity.¹⁸³ Kogentní normy tak lze chápat rovněž jako legislativní prostředek sloužící k prosazení jiných principů, odlišných od zásady smluvní svobody. Kupříkladu donucující ustanovení § 580 odst. 1 OZ mj. normuje, že právní jednání přičící se dobrým mravům bude neplatné (zákonodárce sleduje zásadu výkonu práv v souladu s dobrými mravy); dále donucující ustanovení § 560 OZ pro převod nemovité věci vyžaduje písemnou formu právního jednání (za tímto požadavkem stojí princip právní jistoty); donucující ustanovení § 2239 OZ zase sleduje ochranu slabší smluvní strany, když zakazuje sjednat si v rámci nájemní smlouvy smluvní pokutu v neprospěch nájemce atd. Výše uvedené bychom mohli shrnout do jedné věty slovy Melzera asi takto: „[p]odíl kogentních norem v soukromém právu [...] spoluurčuje míru svobody v soukromém životě.“¹⁸⁴

V žádném případě však neplatí, že kvalita soukromoprávní úpravy je nepřímou úměrná počtu kogentních norem obsažených v občanském zákoníku, tj. lidově řečeno „čím méně, tím lépe“. Smluvní volnost je jistě významnou zásadou, nikoliv však, jak již bylo řečeno, jedinou a absolutní. Zákonodárce si musí uvědomovat ekonomickou realitu

¹⁸¹ Srov. JANKŮ, Martin. *Nové občanské právo v kostce: (stručný úvod)*. Praha: C. H. Beck, 2014, str. 9-11.

¹⁸² Srov. např. SALAČ, Jaroslav. Smluvní svoboda nebo smluvní spravedlnost? *Právní rozhledy*, 1998, č. 1, str. 11.

¹⁸³ Obdobně i zahraniční judikatura konstatuje, že „smluvní svobodě určují hranice konkrétní kogentní ustanovení“ (rozsudek NS PL ze dne 29. 4. 2003, sp. zn. V CKN 310/01).

¹⁸⁴ MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 253.

a fungování běžného právního styku a tuto realitu v právní úpravě patřičně reflektovat. Pokud například připustíme, že v běžném obchodním styku spotřebitelé nejenže nemají možnost v řadě případů obsah smlouvy ovlivnit, ale že uzavírané smlouvy (možná právě proto) ani nečtou¹⁸⁵, pak je namístě se ptát, jak vážnou vůli uzavřením smlouvy projevují ve vztahu ke konkrétním ujednáním smlouvy a nakolik jim poskytnuté smluvní svobody využívají.¹⁸⁶ Po autoritativním, „pečovatelském“ zásahu státu spotřebitel jistě ocení, pokud v obchodních podmínkách posléze nenajde (platnou) smluvní pokutu v šokující výši nebo pokud po uzavření smlouvy nezjistí, že tuto nemůže nijak vypovědět.¹⁸⁷ Ostatně žádnou reálnou vůli zavázat se k těmto skutečnostem nikdy neměl, byť ji, třeba i písemně, deklaroval. Je patrné, že v určitých situacích kogentní úprava paradoxně přispívá k prosazování *skutečné* vůle stran (přesněji řečeno jedné strany).

Kritici přílišného paternalismu by zřejmě oponovali, že v některých situacích právní ochrana jedné smluvní strany jde příliš daleko a skutečně neumožňuje soukromoprávním subjektům uspořádat svá práva a povinnosti podle jejich skutečné potřeby. Setkáme se například s kritikou¹⁸⁸ výše uvedeného kogentního ustanovení § 2239 OZ, v němž je zakotveno pravidlo, že v rámci nájemní smlouvy není možno si ujednat smluvní pokutu v neprospěch nájemce. Je přitom zcela lhostejno, že v konkrétní situaci by obě smluvní strany projevily nejshodnější vůli v té nejprísnejší formě (nájemce může být motivován třeba tím, že dostane byt do nájmu na úkor jiného zájemce; pronajímatel může mít zase legitimní obavu o stav bytu apod.). V tomto případě jde však ochrana ještě dále, neboť se nejedná o „prosté“ omezení smluvní autonomie: zákonodárce částečně ustupuje též od zásady *vigilantibus iura* – nájemce si již nemusí střežit svá práva (v tomto případě namítnout relativní neplatnost tohoto ujednání), neboť smluvní pokuta (z právního hlediska) vůbec nebyla ujednána a právně neexistuje. K takovému ujednání se nepřihlíží a soud tuto vadu zjišťuje *ex officio*. Ve

¹⁸⁵ Tento jev se označuje jako tzv. racionální apatie: spotřebitel nebude smlouvu číst, pokud jí jednak nerozumí a (hlavně) nemá možnost její podobu ovlivnit; může maximálně smlouvu neuzavřít a obrátit se na jiného kontrahenta – velmi často však budou podmínky obdobné či v podstatě stejné. Proto „apatie“ spotřebitele v procesu kontraktace smlouvy je „racionální“, neboť vynaložené náklady na zkoumání obsahu smlouvy by byly zcela zbytečné.

¹⁸⁶ Samozřejmě toto není myšleno jako výtka laické veřejnosti, že nečte smlouvy – ostatně nikdo (včetně druhé smluvní strany) od spotřebitele ani neočekává, aby např. podrobně studoval rozsáhlé a málo srozumitelné obchodní podmínky té které banky při uzavírání smlouvy o zřízení a vedení bankovního účtu.

¹⁸⁷ Ve zmíněném příkladu se nabízí aplikace ustanovení o smlouvách uzavíraných adhezním způsobem (§ 1798 a násl. OZ).

¹⁸⁸ Srov. SZOSTOK, David. Opodstatněnost..., op. cit., str. 12.

výsledku pak nepřizná pronajímateli eventuálně soudně uplatněný nárok na zaplacení smluvní pokuty, aniž by nájemce ve sporu musel vyvinout jakoukoliv aktivitu.

Z výše uvedeného je patrné, že chceme-li, pak se u analýzy konkrétních donucujících ustanovení můžeme ponořit do filosofické, nikdy nekončící polemiky nad významem svobody, rovnosti, spravedlnosti a definováním veřejného zájmu.¹⁸⁹ Jedná se o tradiční otázky politického charakteru: jak často a v jaké míře má stát vstupovat do života jednotlivců a svými autoritativními zásahy spoluutvářet právní rovnováhu subjektů občanského práva i proti jejich vůli? Nebo naopak: opravdu se všichni mají „brát o vlastní štěstí“ zcela svépomocí a nést tomu odpovídající odpovědnost za svá (občas nedomyšlená a ukvapená) rozhodnutí?

1.4.4. Kogentní norma jako výjimka z pravidla

V každém případě je dobře, že princip autonomie vůle se po letech potlačování jeho významu vrátil na výsluní a má v občanském právu nezastupitelné postavení. Důraz na autonomii vůle se projevuje *zásadní dispozitivností* norem soukromého práva, a to nejen v rovině principiální, ale nepochybně i v rovině normativní (viz formulace § 2 odst. 3 OZ 1964 a § 1 odst. 2 OZ¹⁹⁰). O pravdivosti tohoto pravidla není třeba nikoho příliš přesvědčovat, neboť se na tom shodne jak tuzemská¹⁹¹, tak i zahraniční¹⁹² doktrína. Správnost takového východiska potvrdila i porevoluční judikatura.¹⁹³

¹⁸⁹ Samozřejmě na mnoho norem kogentního charakteru se takovéto filosofické polemiky nevztahují a z tohoto hlediska nejsou nijak kontroverzní; například ta donucující ustanovení, jejichž účelem je ochrana třetí strany, tedy strany na právním jednání nezúčastněné.

¹⁹⁰ Beran z § 1 odst. 2 OZ dovozuje, že každá norma (kromě těch výslovně kogentních), má v sobě implicitní hypotézu „není-li ujednáno jinak“ (BERAN, Karel. In: DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanské právo hmotné*, op. cit., str. 136.). K tomu srov. rozbor § 1 odst. 2 OZ v kap. 2.3.

¹⁹¹ Za mnohé např. HURDÍK, Jan. *Občanské právo hmotné*, op. cit., str. 72.

¹⁹² Za mnohé např. SAFJAN, Marek. In: PIETRZYKOWSKI, Krzysztof (red.). *Kodeks cywilny: komentarz, Tom I. 2.* wydanie rozszerzone i zaktualizowane. Warszawa: C. H. Beck, 1999, str. 709, marg. č. 21.

¹⁹³ Nejvyšší soud již v roce 1998 konstatoval, že „[n]ormy občanského práva jsou podle výslovné úpravy § 2 odst. 3 obč. zákona zásadně normami dispozitivního charakteru. Jen tak je totiž subjektům občanskoprávních vztahů umožněno, aby si v souladu s uplatňujícím se principem autonomie mohly v podmínkách tržního hospodářství, volné soutěže a konkurence občanskoprávní vztahy a jejich obsah, tj. souhrn vzájemných subjektivních občanských práv a povinností, smlouvou svobodně uspořádat odchylně od občanského zákoníku. [...] To tedy znamená, že v první řadě je rozhodující to, co si smluvní strany dohodly“ (rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 1. 1998, sp. zn. 3 Cdo 1237/96). Tento názor NS zopakoval i v řadě dalších rozhodnutí, např. v rozsudku ze dne 29. 8. 2007, sp. zn. 26 Odo 1160/2005.

Pro určení povahy té které normy z výše uvedeného vyplývá jeden zcela praktický poznatek: pokud je v konkrétním případě dána pochybnost o povaze ustanovení, měl by se soud ve smyslu zásady *in dubio pro libertate* přiklonit k závěru o jeho dispozitivní povaze.¹⁹⁴ Nemožnost odchýlení se od soukromoprávní normy je třeba chápat jako výjimku z pravidla, z čehož dále plyne, že zjištění kogentního charakteru normy by mělo vždy (pokud to z normy není zjevné) doprovázet vylíčení konkrétních důvodů, jež soud k takovému závěru vedly.¹⁹⁵

Interpretace stranící dispozitivní úpravě může mít zároveň jednu zcela praktickou výhodu. Pokud v pochybnostech o povaze normy soud rozhodne ve prospěch dispozitivnosti, nezavírá tím automaticky cestu k označení daného právního jednání v konkrétním případě za neplatné z jiného právního důvodu předpokládaného zákonem (např. pro rozpor s dobrými mravy na základě § 580 odst. 1 OZ). Pokud však judikatura vyšších soudních instancí dospěje k závěru o donucující povaze konkrétního ustanovení, lze předpokládat, že obecné soudy budou toto rozhodnutí respektovat (což je samozřejmě zcela žádoucí) a již bez obtíží *pro futuro* identifikovat ujednání odchylující se od tohoto ustanovení bez dalšího za neplatné. Judikurní rozhodnutí hraničního případu ve prospěch kogentnosti tak má dalekosáhle následky a těžko se poté „bere zpět“. I z tohoto důvodu by soudy měly být pečlivé a uvážlivé, pokud se mají přiklonit na stranu kogentnosti konkrétního nejednoznačného právního pravidla.

1.4.5. Funkce kogentních norem

Z výše uvedeného vyplývá, že kogentní normy autonomii vůle vylučují, omezují nebo alespoň oslabují, což je nejobecnější a v určitém smyslu jejich všeobíhající funkce. Někteří autoři pak rozlišují *funkci ochrannou* a *funkci organizační*.¹⁹⁶ To je rozdělení natolik obecné a obsahově nekonkrétní, že zřejmě nebude problém do těchto dvou skupin vměstnat prakticky kterékoliv donucující ustanovení občanského zákoníku.

¹⁹⁴ Srov. DVOŘÁK, Jan. In: DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanské právo hmotné*, op. cit., str. 37.

¹⁹⁵ Bohužel tento postup nebyl v minulosti příliš dodržován, když byla často dovozována donucující povaha ustanovení i tam, kde k tomu nebyl žádný rozumný důvod (blíže viz kap. 2.2.3.). Nicméně i v případě zjištění dispozitivnosti té které normy je třeba dbát na řádné odůvodnění, aby se ze zásady autonomie vůle nestala judikurní floskule nahrazující hlubší soudní úvahu. Například Szpunar se domnívá, že takto je zásada smluvní svobody mnohdy zneužívána. Blíže SZPUNAR, Adam. Wypowiedzenie najmu zawartego na czas oznaczony. *Rejent*, 1996, č. 6, str. 9 a násl.

¹⁹⁶ MULARSKI, Krzysztof. Wykonanie zastępcze..., op. cit., str. 759.

Jedná se však o jeden z možných přístupů a autor této práce vůbec netvrdí, že je jediný správný; nešlo by zřejmě nikomu vyčítat, pokud by někdo kategorizaci funkce kogentních norem vnímal úplně jinak.

Projevy ochranné funkce (či ochranné funkce) bychom mohli pojímat velmi široce, a to tak, že občanský zákoník kogentními normami chrání určitý intenzivní společenský zájem či hodnoty, na nichž je vystavěn (ochrana mladistvých, ochrana osob s omezenou svéprávností, zachování principu právní jistoty apod.). Mohli bychom nicméně tuto funkci pojímat i užěji, přičemž v tomto smyslu by ochrannou funkci plnily kogentní normy směřující k ochraně účastníka právního vztahu, ať už výslovně slabší strany (spotřebitele, nájemce atd.), strany jako takové (např. zástavního dlužníka v § 1364 OZ), obou účastníků právního vztahu (např. zákonným požadavkem zachování písemné formy právního jednání, kterým se převádí nemovitá věc v § 560 OZ) nebo i normy směřující k ochraně třetích osob, tedy osob na právním vztahu nezúčastněných (např. institut relativní neúčinnosti právního jednání v § 589 a násl. OZ).

Organizační funkci budou plnit ta pravidla, která představují základy a nosnou konstrukci občanského zákoníku, se kterými tudíž lze jen obtížně manévrovat, aniž by se celý systém nezhroutil. Jinak řečeno, z hlediska organizační funkce „kogentně musí být upraveny základní otázky, které umožňují racionální fungování soukromého práva jako systému.“¹⁹⁷ Do této kategorie bychom mohli zařadit mezi jinými úpravu základních postulátů a zásad občanského zákoníku, základní parametry právních institutů, většinu legálních definic, ustanovení týkající se pravomoci soudu nebo jiného orgánu veřejné moci, úpravu právního postavení osob atd.¹⁹⁸

Jinou otázkou je analýza funkcí kogentních norem z ekonomického pohledu¹⁹⁹, kdy lze hovořit jak o funkci snižování transakčních nákladů²⁰⁰, tak i o zabraňování přesunutí externích nákladů na třetí osoby.

¹⁹⁷ LAVICKÝ, Petr. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I*, op. cit., str. 22. Nicméně je nutné podotknout, že Lavický se v předmětném výkladu nezabývá rozlišením funkcí kogentních norem, nýbrž poznáním, která norma má donucující charakter, což v určitém smyslu mohou být dvě strany téže mince.

¹⁹⁸ Jelikož kogentnost těchto právních pravidel zpravidla justifikuje rovněž důraz občanského zákoníku na kritérium veřejného pořádku, bude o jednotlivých ustanoveních zařaditelných do této kategorie podrobněji pojednáno na jiném místě (srov. kap. 3.5.).

¹⁹⁹ Blíže TICHÝ, Luboš. In: DVORÁK, Jan a kol. *Soukromé právo...*, op. cit., str. 13.

²⁰⁰ Obdobně jako u dispozitivních norem, ale z jiné pozice: u dispozitivních norem si strany „nemusí“ ujednávat, co jim zákonodárce modelově nabízí, v případě těch kogentních strany „nesmějí“ vycházet mimo vzorec nastavené zákonem.

1.5. Kogentní normy v soukromém právu kvantitativním pohledem

Kapitola o zásadách a funkcích kogentních norem se zdá být vhodným preludiem k obecnějšímu pohledu na kogentní normy, na jejich výskyt v občanském (a soukromém) právu. Autonomie vůle totiž nemá vliv pouze na určení charakteru normy v konkrétním případě (díky níž můžeme jaksi „presumovat“ dispozitivnost normy soukromého práva), ale má i obecnější reflex. Množství kogentních norem výrazně odvisí od toho, jak je autonomie vůle akcentována v té které soukromoprávní oblasti. Jednoduše řečeno tam, kde se zásada autonomie vůle bude projevovat nejvíce, bude nejmenší počet kogentních norem a obráceně. Každá část občanského zákoníku vykazuje v tomto směru určitá specifika, zároveň však kogentní normy jsou v různé míře rozesety i v jiných soukromoprávních předpisech.

V této souvislosti je vhodné zmínit i skutečnost, že rozlišování norem na kogentní a dispozitivní je *obecně*²⁰¹; netýká se pouze soukromého práva, ale i práva veřejného, byť by se na první pohled mohlo zdát, že pouze soukromoprávní úpravou prostupují kogentní normy a nikoliv naopak. Není tomu tak. Například Beran poukazuje na skutečnost, že pokud existuje ustanovení §89a OSŘ²⁰² (umožňující podnikatelům tzv. prorogační doložkou sjednat si místní příslušnost soudu odlišně od obecné úpravy), jsou ustanovení upravující místní příslušnost ve skutečnosti dispozitivní povahy.²⁰³ Rozdíl je samozřejmě kvantitativní – zatímco v soukromoprávních předpisech je kogentně upraveno leccos, ve veřejnoprávní oblasti bude dispozitivních norem – mírně řečeno – o poznání méně.²⁰⁴ Opačné je i obecné východisko: ve veřejném právu presumujeme kogentnost norem a lze mít za to, že odlišnou autonomní úpravu v této oblasti musí zákonodárce vždy *výslovně* připustit. Proto nelze například souhlasit s názorem, že povinnost zaslat dlužníkovi výzvu k plnění dle § 142a OSŘ může být

²⁰¹ Shodně KNAPP, Viktor. O právu kogentním..., op. cit., str. 3.

²⁰² Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

²⁰³ BERAN, Karel. Kdy je norma..., op. cit., str. 686. Shodně KNAPP, Viktor. O právu kogentním..., op. cit., str. 3.

²⁰⁴ O dispozitivních normách ve veřejnoprávních předpisech polského právního řádu srov. DĄBROWSKI, Marcin. Normy prawne względnie wiążące w polskim prawie publicznym. *Państwo i Prawo*, 2016, č. 7, str. 78 a násl.

vyloučena mezi podnikateli, tedy že se podnikatel může vzdát určitého „ bonusu zapomětlivosti“. ²⁰⁵

1.5.1. Stručná charakteristika jednotlivých částí občanského zákoníku

Je nanejvýš logické, že zásada autonomie vůle (resp. smluvní svobody) bude mít největší uplatnění v závazkovém právu ²⁰⁶ (část čtvrtá OZ), které tudíž bude v zásadě celé – až na zákonné i dovozené výjimky – dispozitivní. Zároveň platí, že v závazkovém právu by měly být sporné případy řešeny zcela raritně ve prospěch kogentnosti daného pravidla. Je třeba mít na paměti, že závazkové právo kromě zásady smluvní svobody ovládá i zásada *pacta sunt servanda* ²⁰⁷ (srov. § 3 odst. 2 písm. d) OZ). Koneckonců strany z nějakého důvodu do smluvního vztahu vstupují a ujednávají-li si mezi sebou nějaká pravidla, činí tak pochopitelně s cílem, aby tato měla i konkrétní právní účinky (nikoliv aby byla neplatná). Tato obecná východiska je třeba tu a tam s ohledem na jiné zájmy hodné právní ochrany prolomit. ²⁰⁸

Zcela opačně – v podstatě zásadní kogentnost – můžeme dovozovat ohledně právní povahy norem obsažených v části druhé občanského zákoníku, tj. v právu rodinném. Neznamená to, že by snad princip autonomie vůle neměl v právu rodinném žádné uplatnění ²⁰⁹, nicméně s ohledem na předmět úpravy rodinného práva (statusové otázky, ochrana dítěte apod.), je možnost autonomní regulace značně omezena. ²¹⁰ Zuklínová píše přímo, že dispozitivnost norem v rodinném právu musí vyplývat výslovně ze zákona ²¹¹ (jako příklad uveďme ustanovení § 921 OZ o splatnosti výživného). Výslovně dispozitivní oblastí rodinného práva je úprava manželského práva

²⁰⁵ Tento názor zastává Špičková (ŠPIČKOVÁ, Lucie. *Předžalobní výzva*. Olomouc, 2016. 42 str. Diplomová práce. Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta, Katedra soukromého práva a civilního procesu. Vedoucí práce Klára Hamuláková. Str. 8. Dostupný také z WWW: https://theses.cz/id/e8ggez/Diplomka_final.pdf).

²⁰⁶ V polské doktríně shodně např. RADWAŃSKI, Zbigniew; ZIELIŃSKI, Maciej. In: SAFJAN, Marek (red.). *Prawo cywilne...*, op. cit., str. 327, marg. č. 30.

²⁰⁷ K zásadě „*pacta sunt servanda*“ viz blíže stať Dvořáka (DVOŘÁK, Jan. *Pacta sunt servanda?* In: DVOŘÁK, Jan; KINDL, Milan (ed.). *Pacta Martě Knappové k 80. narozeninám*. Praha: Aspi, 2005, str. 45-57.). Dvořák také poukazuje na to, že smluvní svoboda a zásada *pacta sunt servanda* jsou vnímány jako dvě strany téže mince (ibidem, str. 45, pozn. pod čarou č. 3).

²⁰⁸ Typicky ochrana slabší strany, ale nejenom (k tomu srov. kap. 1.2.1.).

²⁰⁹ O autonomii vůle v rodinném právu srov. monografii Králičkové (KRÁLÍČKOVÁ, Zdeňka. *Autonomie vůle v rodinném právu v česko-italském porovnání*. Brno: Masarykova univerzita, 2003).

²¹⁰ Takto ZUKLÍNOVÁ, Michaela. In: ZUKLÍNOVÁ, Michaela; DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jíří a kol. *Občanské právo hmotné. Svazek 2. Díl druhý: Rodinné právo*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, str. 22.

²¹¹ Ibidem.

majetkového, která připouští širokou možnost jeho smluvní modifikace²¹², byť nikoliv bezvýjimečně (např. úprava právního režimu obvyklého vybavení domácnosti, srov. § 718 OZ).

Je sice možné – jak to činí Rozbora – hovořit o zásadní dispozitivnosti rodinného práva v rovině principiálně-filosofické²¹³, nicméně toto na výše uvedených závěrech mnoho nemění. Je proto otázkou, zda domnělá „zásadní dispozitivnost“ rodinného práva není do jisté míry zavádějící, neboť není docela zřejmé, v čem konkrétně by se tato měla v rodinném právu projevovat.

Na druhou stranu zřejmě až čas (a s ním vyvíjející se judikatura) ukáže, nakolik bude mít vliv díkce a význam ustanovení § 1 odst. 2 OZ²¹⁴ na právní povahu té které normy rodinného práva. Lze si představit, že obecně zastávané východisko – možnost autonomní modifikace toliko u výslovného zákonného zmocnění – se mírně posune směrem k větší otevřenosti dispozitivním normám.

Třetí část občanského zákoníku je rovněž zcela specifická, neboť je uvedena obecným pravidlem zakotveným v ustanovení § 978 OZ, které stanoví, že „[o]d ustanovení této části se lze odchýlit ujednáním s účinky vůči třetím osobám, jen připouští-li to zákon.“ Ustanovení třetí části občanského zákoníku tak představují další mezistupeň mezi „klasickou“ dispozitivností a kogentností, neboť odchýlit se sice lze (dispozitivnost), ale nikoliv s účinky vůči třetím osobám (kogentnost). Příznačně proto většina autorů hovoří o *zásadní kogentnosti* této části občanského zákoníku²¹⁵, ale, jak

²¹² Ve vztahu ke starší právní úpravě (OZ 1964) srov. kapitolu Dvořáka se Spáčillem „Modifikace společného jmění manželů“ (DVOŘÁK, Jan; SPÁČIL, Jiří. *Společné jmění manželů v teorii a v judikatuře*. 3. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, str. 162-188).

²¹³ Vzápětí ale hovoří o zásadní kogentnosti „kvantitativní“. Srov. ROZBORA, Marián. Zásada dispozitivnosti a její místo v rodinném právu. In: *Dny práva 2009*. Brno: Masarykova univerzita, 2009, str. 2435. Rozbora (ibid., str. 2425-2435) provedl průřezovou analýzu zákona o rodině, přičemž nakonec možnost odchýlné úpravy – mimo výslovné znění – našel snad pouze u dohod o výživném (a i tam s určitými výhradami). Elischer nicméně ve vztahu k aktuální právní úpravě výživného zastává názor, že obecná právní úprava vyživovací povinnosti je kogentní, a to až na zákonem stanovené výjimky. Správně přitom poukazuje na skutečnost, že tato povinnost má obecnější přesah, totiž že se netýká pouze zájmu individua - oprávněné osoby (blíže ELISCHER, David. In: ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek II*, op. cit., str. 560).

²¹⁴ Hrušáková s Králíčkovou v této souvislosti hovoří o překonání dosavadní doktríny úplné kogentnosti rodinného práva (blíže viz HRUŠÁKOVÁ, Milana; KRÁLÍČKOVÁ, Zdeňka. In: HRUŠÁKOVÁ, Milana; KRÁLÍČKOVÁ, Zdeňka; WESTPHALOVÁ, Lenka a kol. *Občanský zákoník II. Rodinné právo (§ 655–975)*. 1. vyd.. Praha: C. H. Beck, 2014, str. XIX).

²¹⁵ Např. BERAN, Karel. In: DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanské právo hmotné*, op. cit., str. 137.

doplňuje Kindl, nejedná se o kogentnost v pravém slova smyslu.²¹⁶ Fungování ustanovení § 978 OZ si lze představit asi takto: omezení svěřenského správce v možnosti nakládat s majetkem vyčleněným do svěřenského fondu nebude mít vůči třetím osobám žádné právní účinky (§ 1456 OZ), správce však může být odpovědný vůči obmyšlenému.²¹⁷

Obecně se tedy v třetí části OZ princip zásadní dispozitivnosti soukromého práva uplatní *inter partes*, zatímco princip zásadní kogentnosti – s ohledem na ustanovení § 978 OZ a povahu absolutních práv – se uplatní *erga omnes* (ledaže zákon stanoví jinak). Nikoliv však u všech norem: část třetí obsahuje i normy, od kterých se nelze odchýlit ani mezi stranami, stejně jako normy, od nichž se můžeme odchýlit obecně, když žádné účinky vůči třetím stranám taková dohoda mít ani nebude. Proto bude ve výsledku tato část obsahovat „klasickou“ paletu rozdělení norem dle své povahy (doplněnou o specifikum § 978 OZ):

- absolutně kogentní normy (např. zakázaná ujednání v rámci zástavní smlouvy v § 1315 OZ²¹⁸, dále typicky např. § 1102 a 1105 OZ²¹⁹);
- relativně kogentní normy (např. výslovně § 1364 OZ, dovodit lze ohledně § 1128 odst. 1 OZ jako určitého zákonného „standardu“²²⁰);
- „kogentně-dispozitivní“ (kogentní *erga omnes*, dispozitivní *inter partes*²²¹);
- dispozitivní výslovně (např. § 1099 OZ, § 1254 OZ) a dispozitivní bez výslovného určení (např. celá řada ustanovení o správě cizího majetku).

Třetí část občanského zákoníku obsahuje rovněž úpravu dědického práva (§ 1475 až § 1720 OZ). Ačkoliv i v dědickém právu existuje značná míra autonomie²²²,

²¹⁶ KINDL, Tomáš. In: ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek III.* Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, str. 5.

²¹⁷ Takto PIHERA, Vlastimil. In: SPÁČIL, Jiří a kol. *Občanský zákoník III. Věcná práva (§ 976 – 1474).* 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, str. 1202.

²¹⁸ K tomu srov. z nedávné doby rozbor Thöndla (THÖNDEL, Alexandr. In: DVOŘÁK, Jan a kol. *Soukromé právo...*, op. cit., str. 76-90).

²¹⁹ Je zjevné i bez výslovného zakotvení kogentnosti, že ani *inter partes* si nelze dohodnout jiný moment převodu vlastnického práva.

²²⁰ Takto ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 14.

²²¹ Ujednají-li si třeba sousedé, že první je oprávněn každý pátek pořádat venkovní diskotéku, naproti tomu druhý soused bude oprávněn jeho pozemek zastínit stromem (slovy OZ: imise hluku a stínu - § 1013 OZ), pak takové ujednání je samozřejmě možné, ale nezavazuje nikoho jiného, než tyto konkrétní sousedy (nikoliv tedy právní nástupce).

²²² K tomu např. srov. Dvořák obecně o dědické svobodě a zejména o znovuoobjeveném institutu dědické smlouvy (DVOŘÁK, Jan. K testovací svobodě a k dědické smlouvě. In: POLÁČEK,

je v této právní oblasti tradičně dovozována zásadní kogentnost. Teoretickou otázkou – vesměs bez praktického reflexu – je, zda můžeme vnímat ustanovení o zákonné posloupnosti jako dispozitivní, a to právě proto, že se v případě jednostranného (závět) nebo vícestranného (dědická smlouva) právního jednání neaplikují.²²³

Z tohoto úhlu pohledu lze za nejméně homogenní část občanského zákoníku považovat část první, kde každá generalizace typu „zásadní kogentnost“ nebo „zásadní dispozitivnost“ by nutně byla povrchní a nepřesná. Přesto je možné bez větších pochybností učinit závěr, že značné množství její materie bude upraveno kogentně. Stačí nastínit obsah části první OZ: základní zásady, úprava postavení fyzických osob a osobnosti člověka, úprava právnických osob, věci a jejich rozdělení, vymezení právního jednání, zdánlivost, neplatnost a relativní neúčinnost právního jednání, promlčení a prekluze práva atd. V těchto oblastech bude z povahy věci možnost odchylné úpravy limitována²²⁴, byť ne zcela, a dokonce i obsahově blízká ustanovení mohou být – co se týče jejich právní povahy – zcela odlišná. Kupříkladu důvody neplatnosti nemohou být vymezeny jinak než kogentně (§ 580 a násl. OZ), zatímco dílčí neplatnost (§ 576 OZ) právního jednání je běžně ve smlouvách tzv. salvátorskou klauzulí modifikována.

Vrátíme-li se nakonec k zásadní dispozitivnosti norem občanského zákoníku a k tomu, že kogentní normy mají být s ohledem na prim autonomie vůle v soukromém právu vzácnou výjimkou, pak je třeba přiznat, že toto východisko platí spíše v principiální rovině, ale nikoliv v kvantitativní. Je totiž patrné, že matematicky vzato kogentní normy v občanském zákoníku až tak výjimečné nejsou.

1.5.2. Kogentní normy v jiných odvětvích soukromého práva

Ačkoliv předmětem této práce je zkoumání kogentních norem v občanském zákoníku, nelze nezmínit, že tento kodex – jakožto obecný soukromoprávní předpis – má výrazný dopad i na ostatní, speciální soukromoprávní zákony (zákoníky). Proto před

Bohumil (ed.). *Pocita prof. JUDr. Květoslavu Růžičkovi, CSc. k 70. narozeninám*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, str. 101-124).

²²³ Takto KNAPP, Viktor. O právu kogentním..., op. cit., str. 2.

²²⁴ Přesto takto zřejmě nelze zobecňovat např. u zmíněné právní úpravy právnických osob (které je věnována téměř polovina všech ustanovení části první OZ), když v této oblasti možnost autonomní úpravy je značná.

částí věnující se identifikaci kogentních norem je vhodné krátce poukázat na ostatní soukromoprávní předpisy, které doznaly (či mohly doznat) s přijetím nového občanského zákoníku v této oblasti určitých změn.

V zákoníku práce²²⁵ vystupuje do popředí jeho ochranná funkce ve vztahu k zaměstnanci jakožto z povahy věci slabší smluvní strany pracovní smlouvy. Proto také zákoník práce, jak to eufemisticky vyjádřil Pichrt, „*přebytkem dispozitivních norem neoplývá*.“²²⁶ Problematika povahy norem zákoníku práce měla svůj dlouhý vývoj, má relativně podrobnou a specifickou výslovnou úpravu (viz § 4a, § 363 ZP) a nepochybně by zasluhovala delší rozbor. Pro nedostatek prostoru a jiné zaměření práce se však její autor omezí na konstatování (shodně s Pichrtem²²⁷ a Bělinou²²⁸), že rekodifikace v zásadě nepřinesla v tomto ohledu žádnou (výraznější) změnu.

Jiná situace je v korporátním právu. Spolu s novým občanským zákoníkem byl přijat i zákon o obchodních korporacích²²⁹, který – na rozdíl od zákoníku práce – o povaze „svých“ norem neříká zhola nic. V souladu s tradicí je tak třeba povahu norem korporátního práva posuzovat ve vazbě na občanský zákoník. Diskuze na téma míry autonomie v korporátním právu se v teorii plně rozvinula²³⁰ a bude ještě o tomto tématu i v rámci této práce pojednáno, neboť se koneckonců jedná o otázku vnitřní autonomie právnických osob obecně (nikoliv výhradně obchodních korporací).²³¹

Dalším soukromoprávním, k občanskému zákoníku subsidiárním předpisem, ve kterém by bylo možno uvažovat o míře a výskytu kogentních či dispozitivních ustanovení, je autorský zákon²³². S ohledem na povahu autorského práva jako práva absolutního je v autorském zákoně možnost autonomní regulace značně omezená, nikoliv však zcela vyloučená. Naopak úprava licenční smlouvy (§ 2358 až § 2389 OZ)

²²⁵ Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZP“).

²²⁶ PICHRT, Jan. In: DVOŘÁK, Jan a kol. *Soukromé právo...*, op. cit., str. 27.

²²⁷ Ibidem, str. 24.

²²⁸ Srov. BĚLINA, Miroslav. Změnilo se pracovní právo s novým občanským zákoníkem? *Právní rozhledy*, 2015, č. 2, str. 52 a násl.

²²⁹ Zákon č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZOK“).

²³⁰ Za mnohé viz např. PELIKÁN, Robert. Kogentní a dispozitivní ustanovení v novém zákonu o obchodních korporacích. *Obchodněprávní revue*, 2012, č. 9, str. 246-250.

²³¹ K tomu srov. kap. 3.5.2.

²³² Zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon).

poskytuje autonomii smluvních stran daleko větší prostor, přestože i tam bude mít nemalá část ustanovení donucující povahu.²³³

²³³ K tomuto blíže srov. příspěvek Holcové „Kogentní a dispozitivní ustanovení autorského zákona ve vztahu k občanskému zákoníku“ (HOLCOVÁ, Irena. In: DVORÁK, Jan a kol. *Soukromé právo...*, op. cit., str. 29-40).

2. Poznání kogentní normy v občanském zákoníku

O problematice, které se věnovala předchozí část (podstata kogentní normy, její vlastnosti a funkce, východiska dualismu povahy norem apod.), by se snad dalo říci, že nebudí mezi právními praktiky větší vášně. Jinak je tomu u otázky, jak donucující normu poznáme, resp. jak zjistíme, zda ta která norma má kogentní, či dispozitivní povahu. Identifikace kogentní normy je totiž často obtížná, a to nejen v české kotlině – tuto tézi potvrzuje rovněž pohled do zahraničních doktrín.²³⁴

2.1. Poznání kogentní normy jako praktický problém

Samozřejmě v řadě případů je možné dojít k závěru o charakteru konkrétního ustanovení prakticky okamžitě po jeho přečtení, bez nutnosti provedení hluboké právní analýzy. Povahu příslušného ustanovení poznáme buď pocitově, takřka *intuitivně*²³⁵ (žena, která dítě porodila, si s ním ani s nikým jiným nemůže v rozporu s § 775 OZ ujednat, že není jeho matkou; psa nemůžeme označit v rozporu s § 498 OZ za věc nemovitou a převést jej spolu s převodem pozemku; nemůžeme autonomně přiřknout věci způsobilost mít práva a povinnosti v rozporu s § 17 OZ atd.), anebo nás zákonodárce zbaví pochybností a výslovně určí, že daná norma má donucující charakter (např. k ustanovení připojí dovětek „k opačnému ujednání se nepřihlíží“ apod., srov. např. § 1753, § 2146, § 2372 OZ).

Nicméně se setkáme rovněž s množstvím situací, kdy nejen intuice²³⁶, ale i podrobnější právní analýza zavede právníky k odlišným závěrům a není nijak ojedinělé, že se na právní povaze konkrétního ustanovení nemůže shodnout doktrína. Princip právní jistoty trpí, hovoří-li např. jeden autor o kogentnosti ustanovení § 2051 OZ²³⁷, jiný o jeho dispozitivní povaze²³⁸, aby pak třetí autor obohatil diskuzi

²³⁴ Takto o vybraných zahraničních právních řádech píše Dobrovolná (DOBROVOLNÁ, Eva. In: HURDÍK, Jan; LAVICKÝ, Petr a kol. *Změny soukromého práva v České republice a dalších evropských zemích*. Brno: Masarykova univerzita, 2014, str. 72).

²³⁵ Srov. KNAPP, Viktor. O právu kogentním..., op. cit., str. 2.

²³⁶ Beran v návaznosti na Knappa (viz předchozí poznámka pod čarou) poukázal na to, že intuitivní poznání normy může být ošidné, neboť každý právník může mít intuici výrazně odlišnou (BERAN, Karel. Kdy je norma..., op. cit., str. 685).

²³⁷ Srov. LASÁK, Jan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V*, op. cit., str. 1290.

²³⁸ Srov. MELZER, Filip; TÉGL, Petr a kol. *Občanský zákoník - velký komentář. Svazek I. § 1-117*. Praha: Leges, 2013, str. 49, pozn. pod čarou č. 184.

názorem, že ustanovení ve skutečnosti můžeme považovat za relativně kogentní²³⁹. Mnozí čtenáři zajisté rovněž zaznamenali polemiku, kterou vyvolalo rozhodnutí Nejvyššího soudu²⁴⁰ ohledně povahy ustanovení § 517 odst. 2 OZ 1964. Toto ustanovení odkazem na prováděcí právní předpis upravovalo výši zákonného úroku z prodlení, přičemž NS dovedl jeho donucující povahu (podle mnohých mimořádně nepřesvědčivě²⁴¹).

Je vidět, že v řadě případů charakter normy není zjevný nejen na první, ale ani na druhý či třetí pohled. V praxi tento stav leckdy vede k neútesné situaci, kdy určité ujednání smlouvy může být (s notnou dávkou nadsázky řečeno) právním ekvivalentem pověstné Schrödingerovy kočky²⁴², neboť ujednání z pohledu smluvních stran je platné (odchýlení se od dispozitivní normy) a zároveň relativně či absolutně neplatné (při posouzení stejné normy soudem jako normy kogentní), a to až do doby, než se judikatura v této věci ustálí. Přesto je z povahy věci vyloučeno, aby tatáž norma byla zároveň dispozitivní i kogentní (stejně tak jako je vyloučeno, aby kočka byla zároveň mrtvá i živá).

Pak je pochopitelné, že se z praxe ozývají hlasy volající po vytvoření jakéhosi seznamu kogentních ustanovení občanského zákoníku, a to nejlépe závazného, neboť za současného stavu výrazně trpí právní jistota adresátů právních norem. Faktem ovšem zůstává, že i tato metoda, tj. metoda výčtu ustanovení s donucující povahou, již byla odzkoušena a ukázalo se, že je problematická a do značné míry nefunkční (viz kap. 2.2.1.).

Ačkoliv by tedy zákonodárce dle názoru autora těchto řádků neměl vytvářet seznam kogentních ustanovení, je přece jen vhodné adresátům právních norem v tomto směru určité vodítko nabídnout. Správné nastavení zákonných pravidel pro rozlišování

²³⁹ LOVĚTÍNSKÝ, Vojtěch. Lze smluvně vyloučit právo soudu snížit nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu? Příspěvek publikovaný dne 16. února 2017 [online]. Dostupný z WWW: <https://www.epravo.cz/top/clanky/lze-smluvne-vyloucit-pravo-soudu-snizit-neprimerene-vysokou-smluvni-pokutu-105192.html>

²⁴⁰ Rozsudek NS ze dne 17. 3. 2005, sp. zn. 33 Odo 1117/2003.

²⁴¹ Viz kap. 2.2.3.

²⁴² „Schrödingerova kočka“ je myšlenkový experiment, který roku 1935 formuloval Erwin Schrödinger, aby poukázal na nesrovnalost interpretace kvantové mechaniky při přechodu mezi subatomickým a makroskopickým světem. Zjednodušeně řečeno, podstata experimentu spočívá v tom, že v neprůhledné krabici je uzavřena kočka s radioaktivním nuklidem a jedovatým plynem, přičemž jedovatý plyn se uvolní až (pokud) se radioaktivní nuklid rozloží. V určitém bodě experimentu tak nevíme, zda je kočka živá nebo mrtvá, neboť nevíme, zda se radioaktivní nuklid rozložil a jedovatý plyn kočku usmrtil. Z pohledu pozorovatele je tak kočka živá i mrtvá zároveň, neboť dovnitř krabice pozorovatel nevidí.

povahy norem nicméně představuje nemalý problém. Zákonodárce musí mít z jedné strany na zřeteli, že z hlediska právní jistoty by povaha normy měla být pro jejího adresáta seznatelná, zároveň však musí uvážit své možnosti a schopnosti, tj. na kolik je s to apriorně (správně a vhodně) stanovit povahu příslušného ustanovení, či dokonce všech ustanovení. Nejde pouze o um legislativců, ale spíše o otázku, do jaké míry by o povaze jednotlivých ustanovení občanského zákoníku měl rozhodnout zákonodárce předem a kdy rozhodnutí ponechat na aplikujících orgánech (soudech).

Otázka však nutně nemusí znít: „bud’ - anebo“, tedy bud’ rozhoduje soud, anebo zákon. Zákonodárce zpravidla ovlivňuje míru, v jaké je soudce ve své úvaze svázaný. Obrazně řečeno zákon může soudci kategoricky stanovit, že „toto ustanovení je kogentní“, dále může soudce pouze navádět určitým směrem (např. stanovením určitých kritérií pro posuzování povahy norem) nebo může soudci ponechat velmi výrazný prostor pro vlastní úvahu (tím, že zákon bude o otázce povahy norem zcela mlčet).

V historii, ale i v současnosti se setkáme s různými přístupy k této problematice, počínaje precizním zákonným určením charakteru každého jednotlivého ustanovení až po absolutní rezignaci zákonodárce na nabídnutí jakéhokoliv vodítka pro rozlišování povahy norem. Analýze jednotlivých přístupů zákonodárce z hlediska jejich dopadů na fungování v praxi je věnována následující kapitola.

2.2. Legislativní techniky určení povahy soukromoprávní normy

2.2.1. Taxativní výčet kogentních ustanovení

V kontextu výše uvedeného se zdá být logické, že není nic jednoduššího, než všechny kogentní normy vyjmenovat či je jinak za kogentní jednoznačně prohlásit. O této legislativní technice se zpravidla hovoří jako o tzv. *taxativním výčtu*, který skutečně spočívá v matematicky přesném výčtu všech ustanovení, od nichž se nelze odchýlit (od ostatních *a contrario* lze). Přes svoji zdánlivou atraktivnost byla tato metoda podrobena patrně největší kritice.

Přesto se najdou i její zastánci, kteří zpravidla zdůrazňují skutečnost, že taxativní výčet (jako jediný) respektuje princip právní jistoty a předvídatelnosti práva. Mezi její zastánce patří i Bejček, který se při příležitosti polemiky nad povahou ustanovení § 517 odst. 2 OZ 1964 rétoricky ptá: „[v] čem už by měl zákon být jasnější než v otázce,

*jestli je nebo není někdo povinen se jím bez výhrady řídit nebo jestli se smí od něj bez sankce odchýlit?*²⁴³ Bejček upozorňuje na několik zásadních důsledků nejistoty ohledně povahy ustanovení. Jednak příliš mnoho prostoru zůstane judikatuře, což nemusí být vždy vhodné.²⁴⁴ Dalším důsledkem je, že adresáti občanského práva se budou řídit pro jistotu i normami dispozitivními, aby se nevystavili riziku, že jejich odchýlné (vhodnější a individuální) řešení bude posléze uznáno za neplatné.²⁴⁵ Výčtovou metodu jako vhodnou alternativu namísto nejasného obecného vymezení podporuje například i Hülle.²⁴⁶ Wagnerová by s taxativním výčtem zřejmě rovněž v principu souhlasila. Poslední jmenovaná vnímá rozlišování norem na kogentní či dispozitivní spíše jako politickou otázku, přičemž je názoru, že v souladu s principem dělby moci by o povaze ustanovení měl rozhodovat zákonodárce.²⁴⁷

Ještě v nedávné minulosti zákonodárce rozhodoval. Výčet donucujících ustanovení bylo například možno nalézt v ustanovení § 722 odst. 1 ZMO.²⁴⁸ Uzavřený výčet donucujících ustanovení obsahoval i obchodní zákoník²⁴⁹ v ustanovení § 263 odst. 2, který byl z hlediska teorie i praxe podroben daleko přísnějšímu dohledu. Na příkladu posléze zmíněného ustanovení lze dobře demonstrovat slabá místa popisované legislativní techniky.

První výtku shrnula Pelikánová s Pelikánem slovy, že „[z]ákonodárce není schopen ani podat dokonalý a plně vyhovující výčet kogentních ustanovení a není ani schopen výslovně kogentní povahu vyjádřit ve všech kogentních ustanoveních.“²⁵⁰ Není-li toho zákonodárce schopen, následek takového „přehnaného legislativního sebevědomí“²⁵¹ si lze domyslet: v domněle taxativním výčtu nebudou všechna kogentní ustanovení a zároveň tam budou i ustanovení, která tam být nemají, jelikož jsou

²⁴³ BEJČEK, Josef. Povaha ustanovení o úrocích z prodlení. *Právní rozhledy*, 2006, č. 11, str. 410.

²⁴⁴ Bejček (ibidem) se – shodně s Tilschem, na kterého odkazuje – v souvislosti s nejasností zákona obává „přílišné moci soudcovské“. Tento autor je proti tomu, aby o povaze normy rozhodovala judikatura, a to i pro její nepřehlednost či dokonce nedostupnost (pro zahraniční subjekty).

²⁴⁵ Ibidem.

²⁴⁶ HÜLLE, Tomáš. Dispozitivní a kogentní ustanovení občanského zákoníku. 2008, str. 17. Dostupné z WWW: https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/civil/hulle_tomas.pdf.

²⁴⁷ Srov. odlišná stanoviska k nálezu ÚS ze dne 12. 3. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 83/06 (odlišné stanovisko Elišky Wagnerové je uvedeno pod bodem 5).

²⁴⁸ V zákoníku mezinárodního obchodu se však nejednalo o výčet zcela uzavřený, neboť komentované ustanovení obsahovalo následující dovětek: „*Totéž platí o jiných ustanoveních v rozsahu, v jakém je v nich výslovně stanovena jejich donucující povaha.*“

²⁴⁹ Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník (dále jen „ObchZ“).

²⁵⁰ PELIKÁNOVÁ, Irena; PELIKÁN, Robert. In: ŠVESTKA, Jiří; DVORÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I*, op. cit., str. 14.

²⁵¹ Takto MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 254.

nepochybně dispozitivní.²⁵² Výše uvedené ilustruje i fakt, že nešťastné ustanovení § 263 ObchZ bylo více než desetkrát novelizováno. Je očividné, že kýžená právní jistota, kterou dle zastánců popisované metody přináší adresátům právní normy, je zcela iluzorní.

Bejček je názoru, že identifikace kogentních ustanovení by zákonodárci neměla činit velké obtíže.²⁵³ Při vší úctě k zákonodárci autor této práce právě s ohledem na výše uvedené tento optimismus nesdílí. Navíc označení všech ustanovení účinného občanského zákoníku²⁵⁴ nálepkou kogentní/dispozitivní by bylo pro zákonodárce nepochybně nesrovnatelně větší výzvou, uvážíme-li, že se taxativní výčet v ustanovení § 263 ObchZ vztahoval „pouze“ na část čtvrtou ObchZ (dohromady 494 paragrafů) a výsledek tohoto experimentu byl minimálně sporný. Ostatně i Ústavní soud je k takovým možnostem zákonodárce skeptický.²⁵⁵

Druhý stěžejní nedostatek spočívá v rigiditě této koncepce. Důvodová zpráva k občanskému zákoníku kritizuje taxativní výčet mezi jinými proto, že tato metoda neumožňuje, aby povaha ustanovení byla měněna na základě přirozeného společenského vývoje.²⁵⁶ Obdobnou myšlenku uchopil Zach sofistikovaneji, když píše, že taxativní výčet „*nepřiměřeným způsobem petrifikuje právní realitu a izoluje ji od reality sociální.*“²⁵⁷ Nejde tedy o to, že jedno a totéž ustanovení bude v pondělí kogentní, ve středu dispozitivní a v pátek zase kogentní. Řeč je o společenském vývoji dlouhodobějšího charakteru, na který bude lépe reagovat postupný judikturní vývoj nežli nárazové novelizace právního předpisu.²⁵⁸

Autor těchto řádků vnímá obě výše uvedené námitky proti taxativnímu výčtu za natolik zásadní, že považuje opuštění této nefunkční koncepce v rámci rekodifikace

²⁵² Ibidem.

²⁵³ BEJČEK, Josef. Povaha ustanovení..., op. cit., str. 410.

²⁵⁴ Občanský zákoník obsahuje 3081 paragrafů. Navíc existují i další soukromoprávní předpisy, kterých se otázka povahy norem týká – např. zák. č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích, obsahující 786 paragrafů.

²⁵⁵ Ústavní soud připouští, že výčtová metoda nemusí být řešením, protože „*vždy se najdou ustanovení, která by měla být typicky kogentní, avšak ve výčtu obsažena nejsou, stejně jako ustanovení, která jsou svou povahou typicky dispozitivní, avšak do výčtu – bez zjevného důvodu – zahrnuta jsou. Při určení, která ustanovení jsou kogentní a která dispozitivní, proto nelze spoléhat na zcela exaktní kritéria, ale je třeba užít taková měřítka, která umožní jistou míru volné úvahy.*“ Viz náleze ÚS ze dne 12. 3. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 83/06, bod č. 202 odůvodnění nálezu.

²⁵⁶ Důvodová zpráva, str. 31.

²⁵⁷ ZACH, Tomáš. *Dispozitivnost soukromého práva*, op. cit., str. 9.

²⁵⁸ K tomuto srov. v předchozí poznámce pod čarou Zachovu podrobnější kritiku taxativního výčtu a literaturu tam citovanou.

soukromého práva za krok správným směrem.²⁵⁹ Na okraj lze uvést, že chystaná slovenská reforma soukromého práva pravděpodobně rovněž opustí metodu taxativního výčtu, a to v podstatě ze stejných důvodů.²⁶⁰

Místo taxativního výčtu bylo rovněž navrhováno použití výčtu demonstrativního.²⁶¹ Přínos tohoto řešení je ovšem minimálně sporný. Předně by tento přístup prakticky niveloval jedinou výhodu, jež je s uzavřeným výčtem spojována, a sice větší míru právní jistoty. Právní jistota má být zajištěna právě díky tomu, že výčet je uzavřený a nelze jej proto rozšiřovat ani zužovat, což u demonstrativního výčtu *per definitionem* neplatí. Dále je také otázkou, jaké „příkladové ustanovení“ by mělo smysl do demonstrativního výčtu zahrnout. Pokud by obsahoval v teorii i praxi nesporná ustanovení, pak by logicky byl nadbytečný. Variantně by se výčet mohl zaměřit právě na ustanovení problematická a výkladově obtížná, o jejichž povaze má však zákonodárce jasnou představu. Ovšem i zde autor této práce žádný přínos nevidí. Zdá se být totiž mnohem praktičtější, aby zákonodárce v takovém případě projevil svou vůli přímo v dané normě povolením, anebo zákazem odchýlení se od jejího znění, což je ostatně zcela běžný postup zákonodárcem používaný jak za účinnosti OZ 1964, tak i OZ.²⁶² Navíc takové řešení zákonodárci umožňuje diferencovat následek odchýlení se od dané kogentní normy, eventuálně kogentnost daného ustanovení v určitém směru upřesnit či upravit speciálně.²⁶³

²⁵⁹ Taxativní výčet však nebyl opuštěn zcela. V účinném občanském zákoníku nalezneme výčet kogentních ustanovení u úpravy smlouvy o obchodním zastoupení (§ 2483 až § 2520 OZ; konkrétně zakázána ujednání jsou uvedena v § 2519 OZ). Na první pohled zvláštní (a ojedinělé) zachování taxativního výčtu pouze u úpravy obchodního zastoupení vysvětluje skutečnost, že právní úprava reflektuje unijní legislativu, jež přesně stanoví, která konkrétní práva a povinnosti mají mít kogentní, resp. relativně kogentní charakter (viz Směrnice Rady ze dne 18. prosince 1986 o koordinaci právní úpravy členských států týkající se nezávislých obchodních zástupců a její čl. 5, čl. 10 odst. 4, čl. 11 odst. 3, čl. 12 odst. 3 a čl. 19).

²⁶⁰ Taxativní výčet ve slovenském právním řádu je dodnes zakotven v obchodním zákoníku (zák. č. 513/1991 Zb., obchodný zákoník). K tomu srov. LAZAR, Ján. *Občianske právo hmotné*. Bratislava: Iuris libri, 2014, str. 106.

²⁶¹ Srov. např. BEJČEK, Josef. *Povaha ustanovení...*, op. cit., str. 410.

²⁶² Například zákonodárce po polemice nad právní povahou zákonného určení výše úroku z prodlení v OZ postavil najisto, že v tomto směru je právní úprava dispozitivní (§ 1970 OZ).

²⁶³ Viz např. § 2749 odst. 1 OZ a kap. 1.2.2.

2.2.2. Absence výslovného zákonného řešení

2.2.2.1. Absence výslovného zákonného řešení obecně

Protipólem úplného vypočtení všech kogentních ustanovení je absence jakékoliv obecnější zmínky o povaze norem v rámci celého civilního kodexu. Možná trochu paradoxně není nijak výjimečné, že civilní kodexy zcela mlčí o takto zásadní problematice, jako je identifikace povahy norem v nich obsažených.²⁶⁴ Na našem území tomu tak bylo prakticky až do roku 1991.

Povahu norem např. nijak neřešil obecný zákoník občanský z roku 1811 (ABGB)²⁶⁵ a žádné výslovné ustanovení bychom nenašli ani ve středním občanském zákoníku z roku 1950.²⁶⁶ Taktéž občanský zákoník z roku 1964 o povaze norem nestanovil nic, a to až do porevoluční tzv. velké novely v roce 1991.²⁶⁷ I přes absenci zákonného řešení se v průběhu času nahlížení na charakter norem výrazně měnilo, což zřejmě mělo své opodstatnění nikoliv ryze právní, ale spíše politické či ideologické povahy. Přestože ABGB vycházel ze zásadní dispozitivnosti svých norem, po roce 1950 tomu bylo přesně naopak (zásadní kogentnost norem) a toto pojetí bylo posléze přeneseno do občanského zákoníku z roku 1964.²⁶⁸ Melzer v tomto kontextu hovoří o „zespolečenštění“ občanského práva.²⁶⁹

Řada zahraničních kodexů dodnes neobsahuje zákonné ustanovení, které by se snažilo rozlišit kogentní a dispozitivní normy, jako například občanské zákoníky Německa a Rakouska²⁷⁰ či švýcarský obligační zákoník.

Švýcarský *Obligationenrecht* z roku 1911 (obligační zákoník) obsahuje sice čl. 19 odst. 2, který normuje, že „[u]jednání odchylovající se od zákonných předpisů jsou přípustná jen tehdy, pokud zákon nestanoví nezměnitelné pravidlo nebo takové odchýlení se v sobě neobsahuje rozpor s veřejným pořádkem, dobrými mravy nebo právem na ochranu osobnosti“, nicméně ve švýcarském právu tento článek není chápán

²⁶⁴ Obdobně MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 254.

²⁶⁵ Zákon č. 946/1811 Sb. z., vyhlášen 1. června 1811 patentem císaře Františka I.

²⁶⁶ Srov. MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 254.

²⁶⁷ Zákon č. 509/1991 Sb.

²⁶⁸ Srov. ELIÁŠ, Karel. Legendy o osnově občanského zákoníku. *Právní rozhledy*, 2007, roč. 15, č. 17, str. 633.

²⁶⁹ MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 254.

²⁷⁰ Srov. ELIÁŠ, Karel a kol. *Občanské právo pro každého: pohledem (nejen) tvůrců nového občanského zákoníku*. 2. dopl. a aktualiz. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2014, str. 26, pozn. pod čarou č. 9.

jako podklad pro rozlišení kogentních a dispozitivních norem.²⁷¹ Podle Melzera není „nezměnitelné pravidlo“ (kogentní norma) nijak definováno a při zkoumání právní povahy té které normy se vychází – vedle výslovného zákazu odchylného ujednání – z jejího smyslu a účelu.²⁷²

Je možné učinit obecný závěr, že neobsahuje-li civilní kodex žádné vodítko k poznání, která norma je donucující a která nikoliv, dává tím výrazný prostor doktríně a judikatuře. Je pak na ní, aby si vytvořila svá vlastní kritéria, vzorce a pravidla pro vyřešení této otázky. V zahraničí můžeme vysledovat tendenci k zjištění právní povahy normy teleologickým výkladem. Je to ovšem poměrně logické východisko, protože variantních řešení se skutečně mnoho nenabízí.²⁷³

Teleologický výklad nicméně není „exaktní“, vždy obsahuje subjektivní prvek, neboť záleží na tom, jakou hodnotu a v jaké míře ji akcentuje ten, kdo výklad nakonec provádí. Proto se nelze divit, že ani teleologický výklad mnohdy nepovede k jednoznačnému výsledku.²⁷⁴ Tak tomu je i v Polsku, o čemž bude podrobněji pojednáno níže.

2.2.2.2. Poznání kogentní normy v polské civilistice

Polský občanský zákoník – *Kodeks cywilny* z roku 1964 (dále též „KC“)²⁷⁵ – taktéž neobsahuje žádné výslovné zákonné vodítko pro rozlišování kogentních a dispozitivních ustanovení. Povahu norem, u nichž tato není stanovena výslovně (výslovně může být stanovena jak u norem dispozitivních²⁷⁶, tak i kogentních²⁷⁷), je proto třeba zjišťovat výkladem.

²⁷¹ MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 256.

²⁷² Ibidem.

²⁷³ Pokud charakter normy z ní nevyplývá výslovně, pak kromě teleologického výkladu se snad ještě můžeme zeptat pouze na aplikovatelnost výkladu gramatického, tj. zda charakter normy nepoznáme již z její dikce. Na tuto otázku jsou různé názory (k tomu srov. kap. 2.3.2.1.). Pausálně nelze sice zcela zavrhnout ani výklad systematický (právní povaha normy může vyplývat ze zařazení ustanovení v kontextu souvisejících ustanovení, eventuálně ze zařazení určitého institutu do konkrétní části – srov. § 978 OZ, nebo také ze zařazení určitého ustanovení do konkrétního pododdílu apod.), ale meze jeho použitelnosti jsou rovněž omezené, resp. uplatní se pouze v určitých případech.

²⁷⁴ Takto RADWAŃSKI, Zbigniew; ZIELIŃSKI, Maciej. In: SAFJAN, Marek (red.). *Prawo cywilne...*, op. cit., str. 326-327, marg. č. 30.

²⁷⁵ Zákon ze dne 23. 4. 1964, Sb. č. 16, pol. 93.

²⁷⁶ Legislativní technika je stejně pestrá a v zásadě obdobná jako v OZ. U dispozitivních norem zákonodárce nejčastěji používá následující charakteristické jazykové formulace: „lze se dohodnout“

Systematický výklad lze použít spíše ojediněle.²⁷⁸ V ostatních případech polská doktrína i judikatura – stejně jako v řadě jiných států – vychází z *wykladni funkcjonalnej*²⁷⁹, což bychom mohli volně přeložit jako interpretaci funkce právního předpisu, tedy obdobu českého teleologického výkladu. Východiskem tohoto výkladu je známá úvaha, že nepřipustnost odchýlení se od určitého ustanovení (*ipso facto* omezení smluvní svobody) opodstatňuje zachování a ochrana určitých významných společenských hodnot nebo zájmů smluvních stran či třetích osob.²⁸⁰ Tyto premisy mají za následek uznání *zásadní dispozitivnosti* závazkového práva a naopak *zásadní kogentnosti* práva rodinného, věcných práv apod.²⁸¹, což je vesměs samozřejmé a nepotřebuje tudíž další komentář. Zajímavější může být náhled na fungování teleologického výkladu v polské judikatuře v oblasti závazkového práva, kde se z povahy věci sporné případy objeví nejčastěji.

V obecné rovině Nejvyšší soud Polské republiky (dále jen „NS PL“) často akcentuje princip smluvní svobody, který je výslovně zakotven v čl. 353(1) KC: „[s]mluvní strany si mohou upravit právní vztah dle vlastního uvážení, pokud jeho obsah nebo účel nebude odporovat jeho podstatě (přirozenosti), zákonu nebo zásadám společenského soužití.“²⁸² Toto dokládá mj. rozsudek NS PL ze dne 22. 11. 2006, sp. zn. V CSK 299/06. V tomto rozsudku se soud zabýval právní povahou čl. 481 § 1 KC, který zakotvuje právo věřitele na zaplacení zákonného nebo smluvního úroku z prodlení v případě prodlení dlužníka se splněním peněžitého závazku. Jelikož předmětný článek výslovně zakotvuje možnost ujednat si výši úroku z prodlení, spor se

(např. čl. 301, čl. 313 KC); „ve smlouvě lze sjednat jinak“ (např. čl. 367 § 1 KC); „při absenci jiné dohody“ (např. čl. 289 § 1, čl. 642 § 1, čl. 676, čl. 704, čl. 705, čl. 837 KC); „při absenci jiného smluvního ujednání“ (např. čl. 654 KC); „ledaže něco jiného vyplývá z obsahu právního jednání“ (např. čl. 52, čl. 55² KC); „pokud z právního jednání nevyplývá něco jiného“ (např. čl. 472 KC); „pokud není stanoveno smlouvou“ (např. čl. 712 § 1 KC); „pokud ve smlouvě není uvedeno“ (např. čl. 699 KC); „pokud smlouva toto nezakazuje“ (např. čl. 688 § 1 KC); „pokud stanovy nestanoví jinak“ (např. čl. 41 KC); „pokud z projevu vůle nevyplývá něco jiného“ (např. čl. 62, čl. 107 KC); „pokud nebylo něco jiného vyhrazeno“ (např. čl. 70², čl. 70³ KC). Srov. RADWAŃSKI, Zbigniew; ZIELIŃSKI, Maciej. In: SAFJAN, Marek (red.). *Prawo cywilne...*, op. cit., str. 323, marg. č. 25.

²⁷⁷ Samozřejmě i kogentní pravidla mohou být v KC označeny výslovně, a to buďto přímo (např. čl. 119 KC: „*Promlčecí lhůty nemůžou být právním jednáním zkráceny ani prodlouženy*“) nebo nepřímo, postavením najisto, že právní jednání odporující danému ustanovení je neplatné (např. čl. 473 § 2, čl. 758², čl. 760¹ § 2, čl. 760² § 4, čl. 807 § 1, čl. 855 § 2 KC). Ibidem, str. 326.

²⁷⁸ Například ze srovnání znění a umístění § 1 a § 2 čl. 827 KC (ibidem).

²⁷⁹ Takto např. RADWAŃSKI, Zbigniew; OLEJNICZAK, Adam. *Prawo cywilne...*, op. cit., str. 39, marg. č. 81 nebo FILIPIAK, Tereza a kol. *Zarys prawa cywilnego*, op. cit., str. 65.

²⁸⁰ RADWAŃSKI, Zbigniew; OLEJNICZAK, Adam. *Prawo cywilne...*, op. cit., str. 39, marg. č. 81.

²⁸¹ RADWAŃSKI, Zbigniew; ZIELIŃSKI, Maciej. In: SAFJAN, Marek (red.). *Prawo cywilne...*, op. cit., str. 326-327, marg. č. 30.

²⁸² „Zákonem“ ve smyslu citovaného článku se pochopitelně rozumí pouze kogentní normy.

týkal pouze otázky, zda se tohoto nároku věřitel může vzdát předem (např. ujednáním v rámci smlouvy, v tomto případě kupní). Nejvyšší soud Polské republiky právě s odkazem na princip smluvní volnosti uzavřel, že takovému ujednání nic nebrání.

Shodně s doktrínou pak NS PL ve spornějších situacích za účelem zjištění právní povahy normy přistupuje k teleologickému výkladu, což lze názorně ilustrovat dvěma rozhodnutími ve vztahu k úpravě pachtovní smlouvy (čl. 693 – 709 KC).

V prvním případě se NS PL²⁸³ zabýval právní povahou čl. 703 KC, který upravuje možnost propachtovatele vypovědět pachtovní smlouvu bez výpovědní doby v případě, že pachtýř je s plněním pachtovného v prodlení. Konkrétně NS PL řešil otázku právní povahy druhé věty zkoumaného článku, která stanovuje povinnost propachtovatele upozornit pachtýře na prodlení s plněním pachtovného a umožnit mu plnit pachtovné v dodatečné lhůtě 3 měsíců. Judikatura NS PL byla v této otázce rozkolísaná: NS PL jednou označil tuto povinnost za dispozitivní²⁸⁴; podruhé za kogentní²⁸⁵ a konečně ještě v jiném rozsudku²⁸⁶ za relativně kogentní s ohledem na jednostrannou ochranu pachtýře, která se do zkoumaného článku promítá (obdobě jako v případě ochrany nájemce bytu).

Nejvyšší soud Polské republiky v komentovaném usnesení předně dospěl k závěru, že není namístě hledat jakoukoliv analogii s nájemní smlouvou, protože pacht má zcela jiný charakter co se stran smlouvy a potřeby jejich ochrany týče. Dále usoudil, že gramatickým výkladem dané normy nelze dospět k závěru o její právní povaze.²⁸⁷ Nakonec – zejména s argumentem hospodářského charakteru pachtovní smlouvy a při zdůraznění zásady smluvní volnosti – dospěl k závěru o její dispozitivní povaze. Připustil sice, že účelem podrobnější úpravy výpovědi pachtovní smlouvy je zajištění stability tohoto smluvního vztahu, a to s ohledem na jeho zpravidla dlouhodobější charakter a investice ze strany pachtýře do předmětu pachtu. K tomuto nicméně dodal, že v situaci, kdy je pachtýř s úhradou pachtovného již v prodlení, by přílišná zákonná ochrana byla nepřiměřená vůči propachtovateli jako druhé smluvní straně, protože v tomto okamžiku pro propachtovatele smluvní vztah již ztrácí ekonomickou atraktivitu.

²⁸³ Usnesení NS PL ze dne 11. 10. 2012, sp. zn. III CZP 52/12.

²⁸⁴ Rozsudek NS PL ze dne 15. 7. 2010, sp. zn. IV CSK 33/10.

²⁸⁵ Rozsudek NS PL ze dne 17. 3. 2010, sp. zn. II CSK 454/09.

²⁸⁶ Rozsudek NS PL ze dne 21. 10. 2010, sp. zn. IV CSK 215/10. V něm NS PL zaujal stanovisko, že lhůtu lze smluvně zkrátit, nikoliv prodloužit.

²⁸⁷ A to proto, že neobsahuje charakteristický dovětek „není-li ujednáno jinak“ nebo obdobný.

Jinak řečeno, ochrana by již nesměřovala k zajištění stability právního vztahu, ale pouze k ochraně pachtýře, a je otázkou, zda je pachtýř za těchto okolností této ochrany hoden. Podle NS PL by uznání kogentního charakteru dané povinnosti *de facto* mělo za následek pouze poskytnutí určité „prémie“ pachtýři (kterou nelze smluvně vyloučit), a to v podobě možnosti zaplatit pachtovné o 3 měsíce později.

Z probíraného usnesení stojí za pozornost ještě jeden závěr. V čl. 704 a 705 KC, jež navazují na zkoumaný čl. 703 KC, je obsažena charakteristická formulace dispozitivnosti „*není-li ujednáno jinak*“. Nejvyšší soud Polské republiky nicméně odmítl, že by tato skutečnost jakkoliv ovlivnila právní povahu normy čl. 703 KC. Poukázal přitom na východiska a motivace zákonodárce v procesu tvorby zákona. Dovětkem výslovně určujícím právní povahu normy může zákonodárce chtít odstranit pochybnosti o jejím charakteru. Má-li však za to, že právní povaha té které normy je poznatelná i bez výslovného určení v zákoně, v souladu s principem stručnosti a přehlednosti právní úpravy nemusí žádným dovětkem takový článek zatěžovat. Proto dle NS PL ze skutečnosti, že jeden článek příslušnou formulaci obsahuje, a „sousední“ článek již nikoliv, není namístě argumentem *a contrario* nic dovozovat. Autor této práce zmiňuje výše uvedené úvahy proto, že dle jeho názoru tyto platí *mutatis mutandis* i o kogentnosti/dispozitivnosti norem v platném českém občanském zákoníku.

V druhém případě se NS PL²⁸⁸ zabýval otázkou právní povahy čl. 695 § 1 KC, ze kterého vyplývá, že pachtovní smlouva uzavřená na období delší než třicet let se po uplynutí této doby považuje za smlouvu uzavřenou na dobu neurčitou. Ze zjištěného skutkového stavu v dané věci vyplynulo, že si smluvní strany v rámci pachtovní smlouvy ujednaly oprávnění propachtovatele dvakrát pachtovní smlouvu o dalších třicet let prodloužit.

V dané věci NS PL dospěl k závěru, že výše uvedený článek je kogentní, neboť kogentnost normy nemusí vyplývat pouze z její dikce, ale normu lze považovat za kogentní také tehdy, pokud se v ní zrcadlí morální zásady, je v ní vyjádřena ochrana veřejného pořádku nebo norma chrání jiný významný hospodářsko-společenský cíl.²⁸⁹ Cílem zkoumaného smluvního ujednání podle NS PL bylo *de facto* vytvoření smlouvy,

²⁸⁸ Rozsudek NS PL ze dne 20. 3. 2014, sp. zn. II CSK 290/13.

²⁸⁹ Je vhodné dodat, že NS PL odůvodňuje kogentnost tohoto článku i jeho „kategorickou dikcí“, což do jisté míry kontrastuje s východiskem čistě teleologického výkladu.

kterou po dobu 90 let nebude možno rozvázat. Nakonec NS PL proto uzavřel, že ujednání je neplatné, protože jeho cílem je obejít zákaz stanovený kogentní normou.

2.2.3. „Povaha ustanovení“ jako kritérium kogentnosti norem

Občanský zákoník z roku 1964 po tzv. velké novele provedené zákonem č. 509/1991 Sb.²⁹⁰ obsahoval ustanovení § 2 odst. 3, v následujícím znění: *„[ú]častníci občanskoprávních vztahů si mohou vzájemná práva a povinnosti upravit dohodou odchylně od zákona, jestliže to zákon výslovně nezakazuje a jestliže z povahy ustanovení zákona nevyplývá, že se od něj nelze odchýlit.“* Účelem této novelizace byla změna přístupu k posuzování charakteru norem, a to změna ve jménu svobody a autonomie vůle, tj. ve směru dispozitivnosti právní úpravy. Změna přístupu sice skutečně nastala, přesto však nešla tak daleko, jak by si mnozí představovali.

Při analýze dopadů předmětného odstavce ponechme nyní stranou zákonný „výslovný zákaz“, protože toto kritérium kogentnosti bylo takřka v nezměněné podobě přejato do účinného občanského zákoníku a bude o něm ještě pojednáno (viz kap. 2.3.1.). Zaměříme se na spojení „povaha ustanovení“ – toto kritérium kogentnosti norem neobstálo, neboť se ukázalo, že v praxi nijak nepomohlo (správně) identifikovat kogentní normu.

Důvod je nasnadě. Vágnost sousloví „povaha ustanovení“ umožňuje k tomuto spojení přiřadit leccos, tudíž poskytuje příliš široký prostor pro ničím neomezenou soudní úvahu o povaze konkrétního ustanovení.²⁹¹ Pro někoho „povaha“ může znamenat i dikci či formulaci ustanovení, pro jiného se jedná ryze o otázku zkoumání smyslu a účelu ustanovení – ze zákona to zkrátka nevyčteme. Navíc není ani docela zřejmé, v čem by se měla takto obecná a nicneříkající formulace lišit od mlčení zákona. Skutečnost, že se nelze odchýlit od ustanovení, jejichž povaha to nepřipouští, bychom zřejmě dovodili i bez výslovného návodu zakotveného v zákoně.

²⁹⁰ Tato novela s účinností od 1. 1. 1992 znovuzavedla do českého občanského práva obecnou zásadu dispozitivnosti norem, proto Melzer v tom směru hovoří o kopernikovském obratu (MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 254).

²⁹¹ V teorii se sice hovoří o „povaze ustanovení“ jako o kritériu kogentnosti, nicméně toto spojení paradoxně žádný skutečný kritérium neobsahuje, tj. neobsahuje nic, co by nám ozřejmilo obsah slova „povaha“. Jinak řečeno konstatuje pouze, že se nelze odchýlit, pokud to „povaha“ nepřipouští, avšak neobsahuje již dovětek či upřesnění typu: „Povaha ustanovení to nepřipouští tehdy, pokud...“.

Bylo však již poukázáno, že řada občanských zákoníků o povaze svých norem mlčí a pro okolní státy tato skutečnost nepředstavuje žádný nepřekonatelný problém. Nefunkčnost spojení „povaha ustanovení“, uvedeného v § 2 odst. 3 OZ 1964, má však hlubší kořeny. Funguje-li totiž určitý mechanismus někde, neznamená to automaticky, že tentýž mechanismus bude fungovat stejně dobře i jinde; vždy záleží na širším kontextu, právní kultuře a úrovni právního myšlení obecně.

Ani revoluce v listopadu r. 1989 neučinila z občanského práva *tabulu rasu*, kde jako na zelené louce lze vše vybudovat znova a lépe. Právní praxe se navíc chová do jisté míry konzervativně a určitá myšlenková schémata se nedají jednoduše odbourat, už vůbec ne ze dne na den. V tomto směru měla česká civilistika a právní praxe velkou zátěž v podobě dědictví komunismu, v němž svoboda a zásada autonomie vůle nebyly, eufemisticky řečeno, příliš akcentovány.²⁹²

Tato skutečnost vedla posléze k rozkolu mezi majoritní částí doktríny a aplikační praxí v otázce určování povahy norem. Nezřídka se totiž stávalo, že soudy dovodily, částečně setrvačností, kogentnost ustanovení i tam, kde pro to nebyl žádný rozumný důvod. Výmluvným výrazem tohoto trendu byl široce komentovaný judikát Nejvyššího soudu ohledně právní povahy ustanovení týkajícího se úroku z prodlení.²⁹³ Nemá smysl na tomto místě opakovat již mnohokrát řečené, neboť stačí odkázat mezi jinými na Bejčka²⁹⁴, Alexandra²⁹⁵, Navrátila²⁹⁶, Berana²⁹⁷ nebo Zacha²⁹⁸, kteří takříkajíc nenechali na tomto rozsudku nit suchou.

Ukázalo se, že problémem ve skutečnosti nebylo samo slovní spojení „povaha ustanovení“, nýbrž způsob, jakým se toto kritérium posuzovalo a interpretovalo. Pokud by „povaha“ znamenala pro soudy nutnost provedení teleologického výkladu konkrétního ustanovení s výrazným akcentem na dispozitivnost právní úpravy, zřejmě

²⁹² Srov. např. ELIÁŠ, Karel. *Legendy...*, op. cit., str. 633-634, čl. II, odst. 1, bod 3.

²⁹³ Ustanovení § 517 odst. 2 OZ 1964; rozsudek NS ze dne 17. 3. 2005, sp. zn. 33 Odo 1117/2003.

²⁹⁴ BEJČEK, Josef. *Povaha ustanovení...*, op. cit., str. 406-410.

²⁹⁵ ALEXANDER, Juraj. Ke smluvní volnosti v otázce úroků z prodlení. *Právní rozhledy*, 2006, č. 2, str. 69-71.

²⁹⁶ NAVRÁTIL, David. *Tři poznámky...*, op. cit., str. 482-483.

²⁹⁷ BERAN, Karel. *Kdy je norma...*, op. cit., str. 685-692. K tomu je třeba poznamenat, že Beran NS nevytknul sám závěr o donucující povaze zkoumaného ustanovení, jako spíše nesprávný způsob argumentace gramatickým výkladem, který by – dle autora – svědčil spíše o dispozitivní povaze zkoumaného ustanovení (ibid., str. 692).

²⁹⁸ ZACH, Tomáš. *Dispozitivnost soukromého práva*, op. cit., str. 11-13.

bychom tuto „povahu ustanovení“ našli v občanském zákoníku i dnes. Praxe byla ale bohužel jiná.

Přesto byla „povaha ustanovení“ jako kritérium posuzování povahy norem obsažena v návrhu nového občanského zákoníku, a to až do roku 2005.²⁹⁹ Teprve po předmětném kontroverzním rozhodnutí Nejvyššího soudu tvůrci nového občanského zákoníku usoudili, že aplikační praxe potřebuje více usměrnit; došli k závěru, že v realitách tuzemské právní kultury, do značné míry ještě ovlivněné předrevolučním přístupem k otázce svobody a autonomie vůle, může být příliš vágní spojení nedostatečné a v praxi může působit obtíže.³⁰⁰ Proto se v rámci rekodifikace soukromého práva rozhodli „povahu ustanovení“ opustit, resp. spíše upřesnit (viz následující kapitoly).

2.3. Identifikace kogentní normy v zák. č. 89/2012 Sb., občanském zákoníku

„Nezakazuje-li to zákon výslovně, mohou si osoby ujednat práva a povinnosti odchylně od zákona; zakázána jsou ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo týkající se postavení osob, včetně práva na ochranu osobnosti.“³⁰¹

Citovaný odstavec – ustanovení § 1 odst. 2 OZ – se jako jediný z celého kodexu zabývá rozlišením norem na kogentní a dispozitivní v té nejobecnější rovině.³⁰² Jeho působnost se však neomezuje pouze na občanský zákoník, ale dopadá i na jiné soukromoprávní předpisy, jež jsou k občanskému zákoníku ve vztahu speciality³⁰³, pokud neobsahují vlastní úpravu povahy norem v nich obsažených.³⁰⁴ Samozřejmě i jiná ustanovení občanského zákoníku se více či méně mohou kogentnosti dotýkat, nicméně vztahují se pouze na jednotlivá ustanovení (hovoří o donucující povaze takřkajíc sebe sama, např. § 2215 odst. 3 OZ) anebo na určitou skupinu norem (stanoví

²⁹⁹ Shodně LAVICKÝ, Petr. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I*, op. cit., str. 19. Obdobně ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 14.

³⁰⁰ Blíže srov. např. KORBEL, František. *Nová koncepce soukromého práva (1)*. Příspěvek publikovaný dne 14. června 2013 [online]. Dostupný z WWW: <http://zpravy.e15.cz/byznys/pravo-a-byznys/nova-koncepce-soukromeho-prava-1-997885>

³⁰¹ Autor této práce bude dále rozdělovat tento odstavec na dvě části: část věty před středníkem (označovanou též zkráceně jako „věta před středníkem“) a část věty za středníkem (označovanou též zkráceně jako „věta za středníkem“).

³⁰² Velmi obecný je rovněž § 978 OZ, vztahující se na část třetí OZ (srov. kap. 1.5.1.).

³⁰³ Například zák. č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích.

³⁰⁴ Například § 4a zák. č. 262/2006 Sb., zákoníku práce.

kogentnost či relativní kogentnost ustanovení obsahově se sebou souvisejících, např. § 2519 odst. 1 OZ, v druhém případě např. § 1812 odst. 2 OZ).

Z tohoto důvodu je v doktríně ustanovení § 1 odst. 2 OZ věnována veliká pozornost. Po jeho zběžném prozkoumání dovodíme následující (předběžné) závěry:

- normy občanského zákoníku jsou zásadně dispozitivní povahy; dispozitivnost je tedy vůdčím principem, kogentnost je výjimkou z pravidla³⁰⁵ (jinak řečeno: subjekty občanského práva si mohou ujednat práva a povinnosti odchylně, *a to v podstatě vždy*, pokud to není výslovně zakázáno nebo by tím porušily dobré mravy, veřejný pořádek či právo týkající se postavení osob³⁰⁶);
- první omezení dispozitivnosti norem vyplývá z věty před středníkem; jedná se o výslovný zákonný zákaz, tedy o tzv. *formální kritérium* (subjektům občanského práva tak ve skutečnosti není dovoleno si vždy autonomně ujednat práva a povinnosti odchylně od zákona, neboť existují normy, které taková odchylná ujednání výslovně zakazují; k tomu blíže viz kap. 2.3.1.);
- druhým omezujícím kritériem je zákaz vyplývající z věty za středníkem, vycházející z limitů dobrých mravů a veřejného pořádku; v tomto případě hovoříme o tzv. *materiálních kritériích* (i přes absenci výslovného zákazu bude v celé řadě případů možnost autonomní úpravy subjektům občanského práva s ohledem na limity dobrých mravů a veřejného pořádku odepřena; k tomu blíže viz kap. 2.3.2.).

2.3.1. Formální kritérium kogentnosti: explicitní zákonný zákaz

Část věty před středníkem z ustanovení § 1 odst. 2 OZ – „[n]ezakazuje-li to zákon výslovně, mohou si osoby ujednat práva a povinnosti odchylně od zákona; [...]“ – představuje první kritérium pro určení kogentnosti norem: explicitní zákonný zákaz

³⁰⁵ Závěr o zásadní dispozitivnosti norem civilního kodexu byl judikaturou dovozen ohledně úpravy před rekodifikací (viz rozsudek NS ze dne 27. 4. 2006, sp. zn. 33 Odo 469/2006) a zopakován i v kontextu účinného OZ (např. usnesení NS ze dne 31. 10. 2017, sp. zn. 29 Cdo 387/2016). Obdobně důvodová zpráva, str. 31. K tomu srov. také kap. 1.4.

³⁰⁶ Toto je samozřejmě značně zjednodušená a zkratkovitá interpretace § 1 odst. 2 OZ, zejména co se týče věty za středníkem, která budí nemalé kontroverze a bude o ní pojednáno dále.

odchylného ujednání. Je zřejmé, že zákon výslovně (ne)zakazuje *jednání* (určitým způsobem), nýbrž *ujednání* (určitých práv a povinností). Komentovaná věta tak v žádném případě neobsahuje zákaz určitého chování, nýbrž zákaz odchýlení se od zákona (zákaz modifikace práv a povinností obsažených v té které normě).³⁰⁷

Zákonodárce může být různě motivován k tomu, aby určitou normu označil v zákoně za kogentní výslovně. Může chtít pouze zdůraznit její vesměs zřejmou právní povahu, nebo naopak odstranit v tomto směru jakékoliv pochybnosti, které by mohla aplikační praxe přinést.³⁰⁸ Cílem zákonodárce rovněž může být diferenciací následků odchylného ujednání (zdánlivost vs. neplatnost; srov. níže).

Důvodová zpráva³⁰⁹, odborná literatura³¹⁰ i nejnovější judikatura³¹¹ shodně poukazují na skutečnost, že zákonný zákaz může být formulován dvojím způsobem, a to jako zákaz *přímý* nebo *nepřímý*.

2.3.1.1. Přímý zákonný zákaz

Do kategorie donucujících ustanovení obsahujících přímý zákonný zákaz budeme předně řadit ta ustanovení, u nichž zákonodárce používá sloveso *zakazovat* či obdobné ve vztahu k *možnosti* odchylného ujednání. Nejilustrativnějším příkladem budiž ustanovení § 2519 odst. 1 OZ, jež v odstavci 1 určuje, že ustanovení § 2489, § 2495, § 2496 odst. 1, § 2497 nebo § 2498 OZ jsou donucující povahy.³¹² Zákonodárce tedy výslovně zakazuje odchýlit se od ustanovení vyjmenovaných v ustanovení § 2519 odst. 1 OZ.³¹³

V druhém případě je zákaz sice rovněž přímý, nicméně zákonodárce nezakazuje *odchylné ujednání*, nýbrž zakazuje *konkrétní ujednání*. Příkladem této kategorie je

³⁰⁷ Obdobně LAVICKÝ, Petr. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I*, op. cit., str. 20.

³⁰⁸ K tomu srov. ELIÁŠ, Karel; ZUKLÍNOVÁ, Michaela. *Principy a východiska nového kodexu soukromého práva*. Praha: Linde, 2001, str. 134.

³⁰⁹ Důvodová zpráva, str. 32.

³¹⁰ Za mnohé MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 256.

³¹¹ Například rozhodnutí NS ze dne 19. 9. 2017, sp. zn.: 29 Cdo 5719/2016.

³¹² Shodně LAVICKÝ, Petr. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I*, op. cit., str. 21.

³¹³ Takový enumerativní výčet může být ale i problematický. Ustanovení § 2519 OZ svádí k závěru, že všechna ostatní ustanovení tohoto oddílu (§ 2483 až § 2519 OZ – „obchodní zastoupení“) jsou *a contrario* dispozitivní (takto např. HORÁK, Pavel. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI*, op. cit., str. 932). Tak tomu ale zdá se není. Například § 2483 odst. 2 OZ, který zakotvuje obligatorní písemnou formu smlouvy o obchodním zastoupení, je kogentní, ale ve výčtu § 2519 OZ uveden není.

mj. ustanovení § 1315 OZ (podle něhož se zakazují některá ujednání v rámci zástavní smlouvy) nebo ustanovení § 1814 OZ (jež zakazuje řadu ujednání v rámci tzv. spotřebitelských smluv).³¹⁴

U přímého zákazu nemusíme tedy pochybovat o donucujícím charakteru konkrétní normy, pochybnosti však může skýtat otázka, jaký právní následek bude odchýlné ujednání mít. Konkrétně ve vztahu ke shora uvedenému ustanovení § 1315 OZ se může jednat např. o otázku, zda by ujednání zástavní smlouvy, že se zástavní věřitel nebude domáhat uspokojení ze zástavy (§ 1315 odst. 2 písm. a) OZ), zjevně narušovalo veřejný pořádek (proto by bylo absolutně neplatné dle § 588 OZ), anebo nikoliv (pak bychom dovozovali neplatnost relativní dle § 586 OZ).

2.3.1.2. Nepřímý zákonný zákaz

O tzv. *nepřímém* zákazu hovoříme tehdy, kdy namísto použití slov „zakazuje se“ apod. zákon stanoví negativní důsledek odklonu od daného právního pravidla.³¹⁵ K odchýlení se tak buď nebude přihlížet (např. § 1246, § 1799 a § 1800 ve spojení s § 1801, § 2146, § 2704 OZ), anebo odchýlné ujednání zákon prohlásí za neplatné (např. § 2549 OZ), eventuálně odchýlení nebude mít žádné právní účinky (např. § 2728 odst. 2 OZ). Takové normy musí mít z povahy věci kogentní povahu, protože výslovně vylučují (sankcionují) autonomní normotvorbu.³¹⁶ Přestože i v případě nepřímého zákazu zákonodárce „viditelně“ a vesměs nezpochybnitelně kogentní normu označí, nemusí to znamenat, že vyřešení otázky povahy konkrétního ustanovení bude vždy primitivní a nebude vyžadovat alespoň základní orientaci v občanském zákoníku. Nezřídka negativní následek odklonu není uveden v rámci téhož ustanovení (např. § 2235 odst. 1 OZ stanoví relativní kogentnost všech ustanovení o nájmu bytu a nájmu domu). Nicméně norma obsahující výslovný zákaz odchýlení a norma, která je prostřednictvím výslovného zákazu z tohoto důvodu kogentní, nemusí být obsaženy ani v rámci téže hlavy občanského zákoníku. Kupříkladu ustanovení § 2090 odst. 2 OZ, jež nepochybně směřuje k ochraně spotřebitele, v rámci kupní smlouvy upřesňuje moment odevzdání věci spotřebiteli. Avšak nemožnost uvedené pravidlo smluvně modifikovat v neprospěch spotřebitele vyplývá již z ustanovení § 1812 odst. 2 OZ.

³¹⁴ Srov. ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 20.

³¹⁵ Srov. důvodová zpráva, str. 32.

³¹⁶ Obdobně LAVICKÝ, Petr. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I*, op. cit., str. 21.

Kvantitativně vzato, popisovaných „nepřímých zákazů“ najdeme v občanském zákoníku mnohem více než těch přímých. Nejčastěji používá zákonodárce ve vztahu k odchýlnému ujednání výraz „nepřihlíží se“³¹⁷, čímž vyjadřuje, že takové ujednání je zdánlivé. Zdánlivost – jako další novum v platném občanském zákoníku³¹⁸ – je koncipována jako sankce nejprísnejší: odchýlné (opačné, jiné, odporující atd.) ujednání od kogentní normy je právně irelevantní. Právně zkrátka ve skutečnosti neexistuje, přestože se v objektivní realitě „něco událo“, co se „zdálo“ býti právním jednáním.³¹⁹ Osoba, k jejíž ochraně taková kogentní norma směřuje, se nemusí ničeho dovolávat, nemusí ani nic namítat, jelikož ve skutečnosti nic ujednáno nebylo a ani být nemohlo (přestože by třeba text smlouvy naznačoval opak).

Ochrana kogentní normou v případě sankce zdánlivosti je tedy velmi silná, a proto ji zákonodárce hojně používá jako nástroj ochrany slabší strany, tj. u relativně kogentních norem (viz ochrana spotřebitele, nájemce a obchodního zástupce), byť samozřejmě i na mnoha jiných místech.

³¹⁷ Z pohledu identifikace kogentní normy můžeme říci, že normu, která obsahuje slovo „nepřihlíží se“, budeme považovat za kogentní (takto ZUKLÍNOVÁ, Michaela. In: DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanské právo hmotné*, op. cit., str. 187). Nemusí to ale platit nutně bezvýjimečně, zejména používá-li zákonodárce sloveso „nepřihlíží se“ ve smyslu „neovlivní“, a to nikoliv ve vztahu k právnímu jednání, ale k fakticitě (mohli bychom uvažovat o dispozitivnosti § 2185 odst. 2 OZ, podle kterého se nemá přihlížet k „nepatrnému snížení hodnoty“). Zuklínová (ibid.) píše právě o „nepřihlížení se“ ve vztahu k právnímu jednání a tam skutečně každá norma obsahující tento výraz musí být kogentní. Pro úplnost dodejme, že ne vždy je následek zdánlivosti právního jednání vázán k odchýlnému ujednání: např. dle § 76 OZ se nepřihlíží k prohlášení člověka za mrtvého, pokud se zjistí, že je naživu; za určitých okolností se také dle § 1489 odst. 2 OZ nepřihlíží k odmítnutí dědictví či dle § 1609 OZ k odkazu; na několika místech zákon stanoví, že se nepřihlíží k výpovědi (§ 2291 odst. 3 OZ nebo § 2807 OZ) atd. Jedná se tedy o odlišnou situaci od popisovaného „nepřímého zákazu“, kde jeho podstata spočívá v tom, že zákonodárce sankcionuje zdánlivostí odchýlnou autonomní úpravu.

³¹⁸ Hovoříme-li o zdánlivosti v kontextu nového občanského zákoníku, hovoříme zejména o dvou docela odlišných jevech. Předně se budeme zabývat nejzásadnějšími vadami právního jednání, jež jsou upraveny v § 551 až § 553 OZ (buď chybí vůle, anebo vůle zjevně není projevena vážně, ev. nelze obsah právního jednání zjistit pro neurčitost nebo nesrozumitelnost ani výkladem). V druhém případě podstata zdánlivosti spočívá v něčem jiném. Nepůjde zde o vadu projevu vůle, ale o „závalu v povaze, účelu, cíli právního jednání: takové právní jednání nemělo být podle zákonodárcovy vůle vůbec učiněno“ (ibid.). Jinak řečeno jedinou „vadou“ takových právních jednání je skutečnost, že si je zákonodárce výslovně nepřejí, a proto se k nim nepřihlíží jakkoliv by nejvážnější a nejsvobodnější vůle stran k takovému jednání směřovala a zároveň jejich obsah byl zcela srozumitelný a určitý. Právě pro tyto případy zákonodárce používá výrazu „nepřihlíží se“ (k tomu srov. ZUKLÍNOVÁ, Michaela. In: DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanské právo hmotné*, op. cit., str. 185-187). Kromě výše uvedených dvou hlavních skupin zdánlivých právních jednání, můžeme o zdánlivosti hovořit také v kontextu právního jednání, které není perfektní (dovršeno), a také OZ zná zdánlivé manželství. Takto ZUKLÍNOVÁ, Michaela. Zdánlivé právní jednání. Příspěvek publikovaný dne 15. 7. 2015 [online]. Dostupný z WWW: <https://www.pravni prostor.cz/clanky/rekodifikace/zdanlive-pravni-jednani>

³¹⁹ Srov. také ZUKLÍNOVÁ, Michaela. *Právní jednání podle občanského zákoníku č. 89/2012 Sb. - Komentář, srovnání se zahraničím a vybraná platná judikatura*. 2. vyd. Praha: Linde Praha a. s., 2013, str. 51-55.

V tomto kontextu je vhodné poukázat na ochranu zákazníka coby slabší strany smlouvy o zájezdu (§ 2521 až § 2549a OZ), neboť zákonodárce chrání zákazníka rovněž „nepřímým zákazem“ (tedy relativně kogentními normami), nicméně zvolené řešení je zcela ojedinělé a – upřímně řečeno – těžko pochopitelné. Nepřímý zákaz je vyjádřen v ustanoveních § 2549 a § 2549a OZ, kdy první jmenované stanoví *neplatnost* ujednání v neprospěch zákazníka, která se odchyľují od ustanovení dílu upravujícího smlouvu o zájezdu, zatímco druhé zmíněné zakotvuje *zdanlivost* ujednání, která omezují nebo vylučují zvláštní práva stanovená k ochraně zákazníka.³²⁰ Formulace ustanovení § 2549a OZ naznačuje, že na jedné straně existují *zvláštní* práva zákazníka, od kterých je odchýlné ujednání postiženo zdánlivostí („nepřihlíží se“, viz § 2549a OZ), a na straně druhé takřkajíc „obyčejná“ práva zákazníka, která jsou krytá pouze neplatností (§ 2549 OZ). Z legislativního a teoretického hlediska je tedy propojení § 2549 a 2549a OZ velmi zvláštní, nicméně nelze očekávat nějaké závratné dopady této legislativní konstrukce: buď praxe sklouzne k dovození zdánlivostí jakýchkoliv odchylek v neprospěch zákazníka, anebo sice některé odchylky zůstanou „pouze“ neplatné, ale zřejmě neplatné absolutně.³²¹ V praxi tak bude výsledek obdobný, byť v teorii jsou absolutní neplatnost a zdánlivost jinými právními instituty.

2.3.1.3. Vliv dikce ustanovení na jeho právní povahu

V souvislosti s výslovným zákonným zákazem se můžeme také zeptat, zda takový zákaz může vyplývat přímo z dikce konkrétní normy. Nad touto otázkou – zda slovní formulace ustanovení má, či nemá vliv na posouzení jeho právní povahy – si však již lámal hlavu ne jeden právník. Nepřekvapí proto, že nalezneme zastánce jak kladné, tak i záporné odpovědi, ačkoliv se zdá, že pro druhou nacházíme mnohem přesvědčivější argumenty. Přesto názor, že formulace konkrétního ustanovení má určitý vliv (ať už zásadní, významný či toliko podpůrný) na posouzení jeho právní povahy,

³²⁰ V původním znění občanský zákoník obsahoval pouze § 2549. Ustanovení § 2549a bylo do OZ vloženo až novelou, zák. č. 111/2018 Sb., který mimo jiné implementoval novou směrnici o službách cestovního ruchu (viz Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2015/2302 ze dne 25. listopadu 2015 o souborných cestovních službách a spojených cestovních službách, čl. 23 – „Kogentní povaha směrnice“).

³²¹ Doktrína – k právnímu stavu před novelou (viz výše) – dovozovala, že se nemůže jednat o neplatnost relativní, což by naznačovalo ustanovení § 586 OZ, ale neplatnost absolutní (§ 588 OZ). Srov. např. KINDL, Tomáš; ŠÍMA, Alexander. In: ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek VI*, op. cit., str. 41.

není zcela ojedinělý; lze jej nalézt v české literatuře³²² i judikatuře³²³, stejně jako v zahraničí. V komentáři ke slovenskému občanskému zákoníku Števček nepochybuje o tom, že pokud právní norma obsahuje nezpochybnitelný příkaz nebo zákaz – jako např. „musí“ nebo „je povinen“ – můžeme tímto spolehlivě identifikovat právní normou kogentní.³²⁴

Převážná část české doktríny však s tímto názorem nesouhlasí. Mezi výrazné odpůrce výše prezentované téze patří mezi jinými i Beran, který uvádí, že pro určení dispozitivnosti (*eo ipso* kogentnosti) právní normy „*není vůbec rozhodující, zdali její dispozice obsahuje imperativní modality normativnosti projevující se ve slovech „musí“, „nemůže“ nebo „nelze“, a to s odůvodněním, že povaha normy vyplývá vždy z její hypotézy, nikoliv dispozice.*“³²⁵ Taktéž Melzer se domnívá, že povaha normy je zcela nezávislá na její formulaci, přičemž opačné názory „co nejrozhodněji“ odmítá.³²⁶ Takový názor sdílí i majoritní část polské doktríny.³²⁷

Autor těchto řádků se připojuje k zastáncům názoru, že neexistuje souvislost mezi dikcí ustanovení a jeho právní povahou. Opačný přístup neobstojí zejména v kontextu účinného občanského zákoníku. Nečiní totiž žádnou zvláštní námahu najít nespočet ustanovení, které jsou formulovány naprosto imperativně, přesto pro závěr o jejich kogentnosti mnoho důvodů nenalezneme nebo je jejich povaha přinejmenším značně spornou: např. § 1433 OZ správci cizího majetku přímo *zakazuje* nabýt pro beneficienta více než 5% akci téhož eminenta; dle § 2042 OZ je (věřitel) *povinen*

³²² Tak např. ALEXANDER, Juraj. Ke smluvní volnosti..., op. cit., str. 70. Obdobné názory byly prezentovány i v komentáři k OZ 1964, kdy Švestka píše: „[k]ogentní povaha občanskoprávní normy je většinou dobře patrná již přímo z jejího znění (dikce), jež obsahuje jednoznačný příkaz či zákaz[...].“ (ŠVESTKA, Jiří. In: ŠVESTKA, Jiří; SPÁČIL, Jiří; ŠKÁROVÁ, Marta; HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník: komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, str. 58).

³²³ Viz mnohokrát komentované rozhodnutí NS, kdy tento z ustanovení § 517 odst. 2 OZ 1964, věty za středníkem („výši úroku z prodlení a poplatku z prodlení stanoví prováděcí předpis“) dovodil, že „*nenechává gramatický výklad tohoto ustanovení prostor pro úvahy, zda lze výši úroku z prodlení či poplatku z prodlení stanovit jinak, tedy ani dohodou účastníků*“ (rozsudek NS ze dne 17. 3. 2005, sp. zn. 33 Odo 1117/2003).

³²⁴ ŠTEVČEK, Marek. In: ŠTEVČEK, Marek; DULAK, Anton; BAJÁNKOVÁ, Jana; FEČÍK, Marián; SEDLAČKO, František; TOMAŠOVIČ, Marek a kol. *Občiansky zákonník I. § 1 – 450. Komentár*. Praha: C. H. Beck, 2015, str. 16-17, marg. č. 5.

³²⁵ BERAN, Karel. In: DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanské právo hmotné*, op. cit., str. 136. Tento názor Beran podrobněji odůvodnil dříve ve svém příspěvku z roku 2009 (BERAN, Karel. Kdy je norma..., op. cit., str. 688-689).

³²⁶ MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 255.

³²⁷ Srov. RADWAŃSKI, Zbigniew; ZIELIŃSKI Maciej. In: SAFJAN, Marek (red.). *Prawo cywilne...*, op. cit., str. 326. V pozn. pod čarou č. 59 tito autoři píší, že „jazyková imperativnost“ není žádným vodítkem k poznání povahy normy.

vykonávat prostou správu věci³²⁸; dle § 1270 odst. 2 OZ *musí* ten, kdo má služebnost okapu, sníh včas odklidit (napadne-li ho mnoho)³²⁹; dle § 1140 OZ spoluvlastník *nesmí* zažádat o své oddělení ze spoluvlastnictví v nevhodnou dobu; dle § 2620 odst. 1 OZ objednatel ani zhotovitel *nemůže* žádat změnu ceny proto, že si dílo vyžádalo jiné úsilí nebo jiné náklady (pokud byla cena ujednána pevnou částkou nebo odkazem na rozpočet); dle § 2198 OZ se půjčitel *nemůže* domáhat předčasného vrácení věci; dle § 2069 OZ je osoba, která byla obdarovaná dříve (bylo-li obdarovaných osob více), *povinna* plnit dárce jen v tom rozsahu, v jakém k výživě nestačí příspěvek později obdarovaného³³⁰ atd.

Na druhou stranu Eliáš nedávno připustil, že modalita imperativnosti mohou indikovat kogentnost s tím, že ke konečnému poznání je přesto nezbytná další analýza.³³¹ V určitém smyslu lze tomuto názoru přisvědčit, neboť skutečně řada norem obsahujících výrazy „zakazuje se“, „je povinen“, „musí“, „nelze“, „nesmí“ apod. je kogentní povahy.³³² Nicméně je třeba mít na paměti, že *indikovat* neznamena totéž, co *určovat* či *spoluurčovat*. Dle přesvědčení autora těchto řádků je použití dikce ustanovení, byť pouze jako podpůrného argumentu pro poznání kogentnosti normy, z výše uvedených důvodů nesprávné.

2.3.1.4. Právní povaha „dovolujících“ norem

Od norem, které určité ujednání zakazují či neumožňují, obraťme nyní pozornost k normám, které naopak výslovně dovolují si „něco“ ujednat. Důvodem následujícího krátkého exkursu je skutečnost, že po nahlédnutí do odborné literatury s určitým zklamáním, nikoliv však s údivem, zjišťujeme, že ani zde nepanuje shoda ohledně povahy těchto „dovolujících“ norem.³³³ Příkladem takovéto normy je ustanovení § 1901 OZ, které stanoví, že „[s]tranám je na vůli ujednat si změnu svých práv

³²⁸ Takto MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 255.

³²⁹ Lze mít za to, že pravidlo je *inter partes* dispozitivní.

³³⁰ Srov. ELISCHER, David. *Darování*..., op. cit., str. 138.

³³¹ ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 21.

³³² Srov. BĚLINA, Miroslav. Změnilo se..., op. cit., str. 55. Bělina v tomto článku rovněž hovoří o „velmi silném indikátoru kogentnosti“, pokud zákonodárce použije slova: „výlučně“, „jen“, „nesmí“, „musí“, „není možné“, „je povinen“, „je zakázáno“, „zařadí“, „nemůže“, „pouze“, „jsou“, „započítává“, „nezapočítává“ atd.

³³³ Autor již nebude výklad v této podkapitole zatěžovat rozbořem názoru, že ve skutečnosti nic takového jako „norma dovolující“ neexistuje, neboť norma může obsahovat pouze dvě modalita, a sice příkaz a zákaz (srov. RADWAŃSKI, Zbigniew; ZIELIŃSKI Maciej. In: SAFJAN, Marek (red.). *Prawo cywilne*..., op. cit., str. 320-321, marg. č. 19).

a povinností“ nebo např. ustanovení § 1746 odst. 2 OZ, které normuje, že „[s]trany mohou uzavřít i takovou smlouvu, která není zvláště jako typ smlouvy upravena.“ Tyto normy někdy bývají označovány jako speciální typ dispozitivních norem³³⁴, což je označení do značné míry zavádějící.

Předně proto, že je třeba důsledně rozlišovat dispozitivní normy, jejichž dispozitivnost spočívá v tom, že je, zjednodušeně řečeno, nemusíme aplikovat, od norem dovolujících, které dávají určitou dispoziční volnost, tj. dovolují si něco ujednat.³³⁵ Knapp v tomto kontextu velmi trefně píše, že „*mezi tímto rozlišením není skutečná podobnost a zejména mezi obojím není žádný paralelismus.*“³³⁶ Je třeba si totiž uvědomit skutečnost, že pokud subjekty občanského práva ujednávají „něco“, co jim určitá norma výslovně umožňuje, resp. „dovoluje“, nijak se od ní neodchylují, a už vůbec ji nevykládají.

Samozřejmě ne všichni tuto problematiku vnímají stejně. Gerloch³³⁷ za typický příklad dispozitivní normy považoval ustanovení § 29 zákoníku práce.³³⁸ To v prvním odstavci určovalo, co je povinen zaměstnavatel se zaměstnancem dohodnout v pracovní smlouvě (druh práce, místo výkonu a den nástupu) a v druhém odstavci pak normovalo, že „*[m]imoto lze v pracovní smlouvě dohodnout další podmínky, na kterých mají účastníci zájem.*“ Ponecháme-li stranou zjevně kogentní první odstavec komentovaného ustanovení, pak se autor této práce musí ptát, v čem spočívá dispozitivnost odstavce druhého? Buďto smluvní strany možnosti sjednat si další podmínky využijí nebo nikoliv. Ani v jedné z těchto variant se od znění předmětného odstavce nebudou odchylovat, ani ho nijak vylučovat.

Vhodný příklad fungování „dovolujících“ norem poskytuje občanský zákoník v již zmíněném ustanovení § 1901 OZ.³³⁹ Pro názornost si představme nájemní smlouvu, ve které si strany sjednají, že výši nájemného nebudou po dobu 20 let nijak měnit (vyloučí tedy aplikaci § 1901 OZ). Následně, např. s ohledem na vývoj cen na trhu s nemovitostmi, strany této smlouvy uzavřou dodatek, ve kterém nájemné zvýší.

³³⁴ ELIÁŠ, Karel a kol. *Občanský zákoník: velký akademický komentář: úplný text zákona s komentářem, judikaturou a literaturou podle stavu k 1. 4.2008*. Praha: Linde, 2008, str. 52.

³³⁵ Srov. BERAN, Karel. Kdy je norma..., op. cit., str. 687 a násl.

³³⁶ KNAPP, Viktor. O právu kogentním..., op. cit., str. 4.

³³⁷ GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*, op. cit., str. 52.

³³⁸ Již zrušený zák. č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

³³⁹ Tento příklad si autor této práce vypůjčil z pojednání Berana, který odkazoval na ustanovení § 517 OZ 1964 (po rekodifikaci § 1901 OZ). Srov. výklad Berana s názvem kapitoly „Dispozitivní norma v. dispoziční autonomie“ (BERAN, Karel. Kdy je norma..., op. cit., str. 687 a násl.).

Nájemce posléze znovu nahlédne do původní nájemní smlouvy a ke své radosti zjistí, že zvýšení nájemného nelze s ohledem na původní vyloučení aplikace § 1901 OZ akceptovat. Začne tedy platit nájemné v původní výši. Spor o povahu ustanovení § 1901 OZ, ať už v podobě žaloby na určení neplatnosti dodatku, nebo v rámci předběžné otázky v řízení o žalobě na zaplacení rozdílu mezi původním a později dohodnutým nájemným, je na světě.³⁴⁰

Výše uvedený příklad ukazuje, že apriorní určení (všech) dovolujících norem za normy dispozitivní či jejich speciální typ není přiléhavé, resp. je nevhodné.³⁴¹ Zmíněná ustanovení § 1901 a § 1746 odst. 2 OZ budou jistě kogentní. Neznamená to však, že všechny „dovolující“ normy budou donucující, znamená to pouze, že o jejich kogentnosti či dispozitivnosti rozhoduje jejich skutečná povaha, nikoliv fakt, že si dovolují „něco“ ujednat.

2.3.2. Materiální kritéria kogentnosti (analýza § 1 odst. 2 OZ)

Téměř každá zásadnější koncepční změna v právním řádu má své zastánce i kritiky; kritiky o to hlasitější, pokud zákonodárce zvolí řešení v komparativním pohledu do značné míry originální. Navíc je logické, že čím větší pozornost je danému problému věnována, tím početnější obě skupiny zpravidla budou. V tomto kontextu nikoho příliš nepřekvapí, že se o formulaci ustanovení § 1 odst. 2 OZ, věty za středníkem, lze dočíst leccos, mezi jinými také to, že věta za středníkem je nešťastná³⁴², že se jedná o formulační chybu³⁴³ nebo že je systematické zařazení tohoto ustanovení nevhodné a matoucí.³⁴⁴ Je vhodné blíže prozkoumat otázku, proč použitá formulace vyvolala u části civilistické obce takové rozpaky.

Bylo již vysvětleno, proč se zákonodárce s přijetím občanského zákoníku v r. 2012 rozhodl opustit mimořádně vágní kritérium „povahy ustanovení“ a nahradit jej

³⁴⁰ V tomto případě se autor této práce přiklání k názoru, že § 1901 OZ je kogentní povahy, tudíž dodatek upravující výši nájemného ve zmíněném případě by měl být považován za platný.

³⁴¹ Lze poukázat na skutečnost, že i v polské doktríně se takové názory objevují. Kupříkladu Dereń označila za „typický“ příklad dispozitivní normy čl. 659 § 2 KC, který stanoví, že „[n]ájem může být určený v penězích nebo v plnění jiného druhu.“ (DEREŇ, Aldona Małgorzata. *Zarys prawa cywilnego w pytaniach i odpowiedziach*. Nysa: Oficyna Wydawnicza PWSZ w Nysie, 2008, str. 19).

³⁴² LAVICKÝ, Petr. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I*, op. cit., str. 19.

³⁴³ PELIKÁNOVÁ, Irena; PELIKÁN, Robert. In: ŠVESTKA, Jiří; DVORÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I*, op. cit., str. 15.

³⁴⁴ PELIKÁN, Robert. Kogentní..., op. cit., str. 247.

kritéria konkrétnějšími.³⁴⁵ Nově tak bylo cílem zákonodárce vycházet při rozlišování povahy norem z kategorie *dobrých mravů* a *veřejného pořádku*. S takovými, jistě dobrými úmysly zákonodárce formuloval ustanovení § 1 odst. 2 OZ, větu za středníkem: „zakázána jsou ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo týkající se postavení osob, včetně práva na ochranu osobnosti.“³⁴⁶

Zákonodárce se při tvorbě zkoumaného ustanovení inspiroval v zahraničí, a sice čl. 19 odst. 2 švýcarského obligálního kodexu, který taktéž pracuje s kritérii dobrých mravů, veřejného pořádku a právem na ochranu osobnosti. Nicméně, jak poukazuje Pelikán³⁴⁷ a Melzer³⁴⁸, je to inspirace spíše volná, neboť ve švýcarském právu tato kritéria nijak kogentnost nedefinují a nejsou ani vodítkem k její identifikaci.³⁴⁹ Kritické poznámky neunikly pozornosti jednoho z hlavních tvůrců nového kodexu, Eliáše, který vzápětí kontroval, že nad tím není nutné výmluvně zdvíhat obočí, neboť „[z]ákonodárce není vázán pietou k inspirativnímu vzoru, nýbrž přizpůsobuje jej svým záměrům, zřeteli na tuzemské podmínky a zkušenosti a ohledu na stav domácího právního myšlení.“³⁵⁰

Otázku, čím je či není vázán zákonodárce, ponechme stranou. Pietou k inspirativnímu vzoru však zřejmě vázán není a ostatně vždy může pronést: „*Quod scripsi, scripsi!*“³⁵¹ a právní praxi se zázemím doktríny nezbyde, než literu zákona smysluplně a funkčně interpretovat.

2.3.2.1. Úskalí dikce § 1 odst. 2 OZ, věty za středníkem

Vůle zákonodárce bezpochyby směřovala k zakotvení konkrétnějších, avšak stále dosti obecných kritérií kogentnosti. Výše uvedené jednoznačně vyplývá z faktu, že důvodová zpráva pojímá celý § 1 odst. 2 OZ jako vodítko k rozlišení norem

³⁴⁵ Viz § 2 odst. 3 OZ 1964 a kap. 2.2.3.

³⁴⁶ Autor této práce bude v dalším výkladu ohledně věty za středníkem § 1 odst. 2 OZ převážně hovořit pouze o dobrých mravech a veřejném pořádku, neboť „právo týkající se postavení osob“ obsahově pod veřejný pořádek spadá (blíže viz kap. 3.5.2. a 3.5.3.).

³⁴⁷ PELIKÁN, Robert. Kogentní..., op. cit., str. 247.

³⁴⁸ MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 256.

³⁴⁹ Proto za obsahově bližší inspiraci lze považovat čl. 6 francouzského Code civil, který stanoví, že „[o]d takových zákonů, které mají za účel zachování veřejného pořádku nebo dobrých mravů, nemohou být soukromými smlouvami založeny žádné odchylky“ (srov. MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 256, včetně citace čl. 6 Code Civil v pozn. pod čarou č. 33).

³⁵⁰ ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 14.

³⁵¹ „Co jsem napsal, to jsem napsal“ – Pilátova odpověď na námitky proti nápisu na kříži (J 19,22).

donucujících a dispozitivních.³⁵² Otázkou však zůstává, zda věta za středníkem opravdu kopíruje myšlenky a cíle zákonodárce, tj. zda skutečně obsahuje vodítko k poznání kogentní normy.

Důvodové zprávě navzdory připouští mnoho autorů odpověď zápornou.³⁵³ Z jakého důvodu? Předně nás může napadnout, že důvodem je absence zmínky o odchylce od zákona ve větě za středníkem. Z toho bychom mohli dovozovat, že zákonodárce nehovoří o mezích „odchylování se“ od zákona, nýbrž zakazuje *in abstracto* ujednávat si cokoli, co by bylo rozporné s dobrými mravy, veřejným pořádkem nebo právem týkajícím se postavení osob.³⁵⁴ Tato interpretace však není správná, resp. není to interpretace jediná možná. Bez větších obtíží i gramatickým výkladem dospějeme k závěru, že použitý středník (místo tečky či odsazení věty do nového odstavce) kontextuálně spojuje větu před a za ním. Větu za středníkem je tedy možné chápat i následovně: „zakázána jsou ujednání / odchylovající se od zákona / porušující dobré mravy, veřejný pořádek...“.

Druhá námitka je nicméně zásadnější. Přečteme-li si ještě jednou část komentovaného ustanovení – „*zakázána jsou ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek [...]*“ – uvědomíme si, že předmětná věta nijak nespojuje limity dobrých mravů a veřejného pořádku s *povahou* ustanovení.

Lavický shrnuje, že „*[p]řavidlo, podle něž jsou určitá ujednání zakázána, totiž ještě samo o sobě nevypovídá nic o kogentnosti nebo dispozitivnosti právní normy.*“ K tomuto dodává, že věta za středníkem ve skutečnosti stanoví „*kritérium posuzování obsahu právního jednání, a nikoliv povahy právních norem.*“³⁵⁵ Lze to říci i jinak, a sice že věta za středníkem „*nečiní z normy, od níž se lze odchýlit, normu, od které se odchýlit nelze, jen to znamená, že se od právní normy sice odchýlit lze, ale ne takto.*“³⁵⁶

³⁵² Důvodová zpráva, str. 32.

³⁵³ Například HAVEL, Bohumil. O kogentnosti, vypořádání újmy a ručení vlivné osoby ve světle nového soukromého práva. *Obchodněprávní revue*, 2013, č. 1, str. 14.

³⁵⁴ Například OZ nikde výslovně neupravuje prostituci. Uzavře-li někdo za úplatu smlouvu o poskytování sexuálních služeb, na jejímž základě se bude domáhat plnění po druhé smluvní straně, soud takovou žalobu zamítne. Důvodem by jistě bylo, že smlouva je neplatná pro rozpor s dobrými mravy. Z uvedeného by pak vyplývalo, že § 1 odst. 2 OZ by měl mít širší dosah působnosti – vztahoval by se i na situace, které OZ nijak výslovně neupravuje. Samozřejmě – jakkoliv budeme interpretovat § 1 odst. 2 OZ – platnosti takové smlouvy zabraňují i jiná ustanovení, viz § 580 a § 547 OZ.

³⁵⁵ LAVICKÝ, Petr. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I*, op. cit., str. 19.

³⁵⁶ KINDL, Milan; ROZEHNAL, Aleš. *Nový občanský zákoník: problémy a úskalí*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2014, str. 49.

Zákonodárce tedy povoluje ujednat si práva a povinnosti odchylně od zákona, avšak (platně) pouze takovým způsobem, aby nebyly porušeny dobré mravy nebo veřejný pořádek. Obrazněji řečeno, jsou stanoveny limity odchýlení coby pomyslný výběh³⁵⁷, jehož hranice tvoří dobré mravy a veřejný pořádek. Uvnitř výběhu zákonodárce připouští autonomní normotvorbu, naopak vně je možnost autonomní normotvorby subjektům občanského práva odepřena.

Souvisí však výše uvedené s poznáním kogentní normy, jak by naznačovala důvodová zpráva? Zdá se, že nikoliv. Uvážíme-li totiž, že kogentní norma neumožňuje žádnou, byť sebemenší odchylku, není pak vůbec důležitá intenzita či rozsah odchylky, nýbrž její možnost či nemožnost (tj. přípustnost či nepřípustnost). V tomto kontextu jsou nejvyšší přípustné limity odchýlení nepodstatné; podstatná jsou kritéria, která nám umožňují identifikovat normu, od níž se nelze odchýlit *nikdy a nijak*. Taková kritéria nám však – minimálně gramatický výklad věty za středníkem zkoumaného odstavce – skutečně nenabízí.

2.3.2.2. Kritéria v § 1 odst. 2 OZ mimo souvislost s kogentností norem

Nemalá část právníků, vycházejících především z litery zákona, na základě výše prezentovaných úvah dospěla k závěru, že ustanovení § 1 odst. 2 OZ, věta za středníkem (tj. limity dobrých mravů a veřejného pořádku), se rozlišování norem dle jejich povahy vůbec netýká. Dále můžeme pozorovat dva názorové proudy.

První z nich (např. Kintr,³⁵⁸ ale nejen on³⁵⁹) vychází – stručně řečeno – zřejmě z následujících závěrů: netýká-li se věta za středníkem kogentnosti/dispozitivnosti norem, pak právní povahu norem rozlišuje pouze věta před středníkem, a to

³⁵⁷ Srovnání s „výběhem“ používá Hülle. Viz HÜLLE, Tomáš. Dispozitivní a kogentní ustanovení občanského zákoníku. 2008, str. 17. Dostupné z WWW:

https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/civil/hulle_tomas.pdf

³⁵⁸ KINTR, Tomáš. Hierarchie pramenů práva ve vztazích mezi podnikateli dle NOZ a její dopad na praxi. *Bulletin advokacie*, 2014, č. 6, str. 75. Kintr výslovně píše: „[z]měna je o to zásadnější, že v rámci posílení zásady dispozitivní právní úpravy lze považovat valnou většinu ustanovení NOZ za dispozitivní; nově bude možné se odchýlit od všech ustanovení, u nichž to není výslovně vyloučeno.“

³⁵⁹ Obdobně uvažuje např. i Zach, který také považuje za jediné kritérium kogentnosti zákonný výslovný zákaz. Nicméně tento autor si uvědomuje, že u řady „zjevně“ donucujících norem takový zákaz uveden není, proto vytvořil pro tyto účely kategorii norem „fakticky kogentních“, což jsou podle něj sice normy „formálně“ dispozitivní (z důvodu absence výslovného zákonného zákazu odchýlení), nicméně „chovají se“ jako kogentní normy, protože každé ujednání od této normy odchylné bude vždy v rozporu s dobrými mravy či veřejným pořádkem – proto jsou fakticky kogentní (blíže viz ZACH, Tomáš. *Dispozitivnost soukromého práva*, op. cit., str. 16 a násl.).

prostřednictvím výslovného zákonného zákazu. Není-li výslovný zákonný zákaz, pak je norma – jak jinak – dispozitivní. Limity dobrých mravů a veřejného pořádku se týkají přípustné míry odchýlení od normy dispozitivní.

Do jisté míry můžeme hovořit o revoluční myšlence, ale nikoliv v tom, že by takové široké pojetí dispozitivnosti nutně muselo uvrhnout občanské právo do hlubokého chaosu a připustit naprostou občanskoprávní anarchii. Revoluční je toto pojetí ve změně chápání algoritmu fungování kogentních a dispozitivních norem.³⁶⁰ Zakládá totiž, že není-li zákonný zákaz odchylky (a těch skutečně není tak mnoho, jak by se mohlo zdát), pak je třeba vždy zkoumat, zda v *konkrétních* okolnostech případu *konkrétní* odchylka – samozřejmě od dispozitivní normy – neporušuje dobré mravy nebo veřejný pořádek. Dispozitivnost se však v tomto pojetí stává naprosto bezobsažným pojmem, když nemá zřejmě valný smysl hovořit o dispozitivnosti ustanovení, které zakládá rodičovskou odpovědnost osvojitelů (§ 832 odst. 2 OZ) nebo třeba ustanovení, podle kterého nabytí dědictví potvrzuje soud (§ 1670 OZ). Je evidentní, že každé odchýlné ujednání by rozpor s veřejným pořádkem založilo, nicméně „pojmově“ (pro absenci výslovného zákazu) by měla být tato ustanovení dispozitivní. Toto pojetí paradoxně neprolamuje obecná východiska kogentnosti norem (*neměnnost* a *stálost* právní povahy; srov. kap. 1.3.), místo toho kogentnost zcela opouští jako takovou (samozřejmě kromě těch relativně málo případů norem, u nichž zákonodárce jejich donucující charakter *explicite* stanovil).

O tom, zda je vhodné spojovat kogentnost a dispozitivnost s konkrétními okolnostmi případu, je možné vést diskuzi. Výše prezentovaný názor však přináší i jiné výkladové obtíže. Hovoří-li zákon o donucujících ustanoveních (§ 245, § 558 odst. 2 OZ), nepochybně³⁶¹ má na mysli nejen „výslovně“ kogentní normy. Prezentovaný názor tak svádí k nesprávné úvaze, že např. obchodní zvyklost může mít

³⁶⁰ Takové úvahy nabízí třeba i Tintěra, který hovoří o tom, že zákonný zákaz (věta za středníkem) směřuje ke způsobu odchýlení se od jinak dispozitivní normy, z čehož dále dovozuje, že pokud způsob odchýlení se od dispozitivní normy je zákonem zakázaný, pak je tato norma „v tomto směru kogentní“. Tintěra zdá se obě kategorie (kogentnost v. dispozitivnost) do jisté míry směřuje (blíže viz TINTĚRA, Tomáš. In: TINTĚRA, Tomáš; PODRAZIL Petr; PETR, Pavel. *Základy závazkového práva*. Praha: Leges, 2016, str. 37-38).

³⁶¹ Nepochybnost autor této práce dovozuje z chápání kogentnosti/dispozitivnost důvodovou zprávou (srov. důvodová zpráva, str. 31 a násl.).

přednost před všemi ustanoveními zákona, pokud v nich jejich kogentnost není stanovena výslovně (§ 558 odst. 2 OZ).³⁶²

Druhý názorový proud rovněž vychází z přesvědčení, že dobré mravy a veřejný pořádek s kogentností nesouvisí, nicméně jeho zastánci nedovozují neexistenci donucujících ustanovení mimo výslovný zákaz; pouze dospívají k závěru, že věta za středníkem (§ 1 odst. 2 OZ) je pro účely *identifikace* kogentní povahy normy bez významu. Pelikánová má např. za to, že otázka dispozitivnosti a kogentnosti nové úpravy sklouzne zpět k „povaze ustanovení“ (§ 2 odst. 3 OZ 1964), tedy že nový kodex navzdory jasnému úmyslu zákonodárce nepřinese žádnou změnu.³⁶³ Vrátila by se otázka, co představuje spojení „povaha ustanovení“ a – jak to ironicky vyjádřil Bejček – jakou má vlastně „povaha povahu“.³⁶⁴

Legitimní je rovněž závěr (Lavický³⁶⁵, Tichý³⁶⁶), že normu jako donucující bude potřeba vyhodnotit na základě teleologického výkladu – podle jejího smyslu a účelu, tj. pokud její smysl a účel donucující úpravu té které záležitosti bude vyžadovat.³⁶⁷ Lavický nabízí demonstrativní výčet případů, kdy konkrétní ustanovení bude dle teleologického výkladu potřeba posoudit jako donucující. Ustanovení bude mít podle něho donucující povahu tehdy, pokud jeho smyslem a účelem bude: omezení smluvní svobody, ochrana slabší smluvní strany, úprava právního postavení osob, ochrana třetích osob a regulace základních otázek, které umožňují racionální fungování soukromého práva jako systému.³⁶⁸ Výše uvedený výčet se nápadně do jisté míry překrývá s obsahem pojmů dobré mravy a veřejný pořádek. Do jaké míry je zase otázkou, jak široce, anebo úzce vnímáme tu kterou kategorii, jelikož jsou to kategorie obsahově značně flexibilní, zejména co se týče v naší doktríně nerozvinutého pojmu veřejný pořádek (k tomu blíže viz kap. 3.4.).

³⁶² Takový názor zřejmě zastává Kintr (KINTR, Tomáš. Hierarchie pramenů..., op. cit., str. 75).

³⁶³ PELIKÁNOVÁ, Irena. Některé koncepční otázky nové kodifikace soukromého práva. In: *XXII. Karlovarské právnícké dny*. Karlovy Vary: Leges, 2014, str. 194.

³⁶⁴ BEJČEK, Josef. Povaha ustanovení..., op. cit., str. 408.

³⁶⁵ LAVICKÝ, Petr. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I*, op. cit., str. 21-22.

³⁶⁶ TICHÝ, Luboš. In: DVOŘÁK, Jan a kol. *Soukromé právo*..., op. cit., str. 9.

³⁶⁷ Jedná se o zcela standardní způsob identifikace kogentních norem v zahraničí, např. v Polsku nebo Švýcarsku (viz kap. 2.2.2.). Koneckonců stejným způsobem přistupovala část doktríny k povaze norem OZ 1964, a to na základě kritéria stanoveného onou „povahou ustanovení“ (srov. ELIÁŠ, Karel a kol. *Občanský zákoník: velký akademický*..., op. cit., str. 52). Nicméně přístup doktríny k OZ 1964 se dle názoru autora této práce nesprávně vyznačoval rovněž důrazem na dikci ustanovení (ibid., str. 51; k tomu srov. kap. 2.2.3. a 2.3.1.3.).

³⁶⁸ LAVICKÝ, Petr. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I*, op. cit., str. 21-22.

2.3.2.3. Dobré mravy a veřejný pořádek jako kritéria kogentnosti norem

Samozřejmě názor, že ustanovení § 1 odst. 2 OZ, věta za středníkem, se posuzování kogentnosti norem nijak netýká, není obecně přijímaným názorem. Zdá se dokonce, že je to názor menšinový. Bezouška a Pěchovičová³⁶⁹ nepochybuji třeba o tom, že se jedná o výčet hledisek, jež je nově nutno k posouzení kogentnosti použít; pochybnosti nemá ani Korbel,³⁷⁰ Hurdík³⁷¹ nebo Eliáš.³⁷²

Dále lze poukázat na komentáře z pera Melzera, Tégl a kol.³⁷³, jak rovněž Švestky, Dvořáka, Fialy a kol.³⁷⁴, které oba razí myšlenku (v tom druhém případě i přes určité výhrady), že kritéria dobrých mravů, veřejného pořádku a práva na postavení osob je nutno nově vnímat jako kritéria kogentnosti norem. Propojení mezi těmito kritérii a kogentností norem občanského zákoníku vidí i komentář Petrova a kol.³⁷⁵

Pelikánová a Pelikán volí historický výklad. Nejdříve na základě gramatického výkladu dojdou k závěru, že věta za středníkem o kogentnosti norem nic neříká, z čehož dále dovozují, že všechna ustanovení jsou dispozitivní, není-li jejich donucující povaha výslovně uvedena. Jelikož tento závěr je pro ně neakceptovatelný, s odkazem na důvodovou zprávu připouští, že význam věty za středníkem je zcela jiný – „*nezakazují se ve skutečnosti ujednání porušující dobré mravy atd. (resp. zakazují se jinými ustanoveními), ale stanoví se kogentní povaha zákonných ustanovení, jestliže by přípustnost odchylky dohodou stran vedla k porušení dobrých mravů, veřejného pořádku nebo úpravy postavení osob.*“³⁷⁶

³⁶⁹ Srov. BEZOUŠKA, Petr; PIECHOWICZOVÁ, Lucie. *Nový občanský zákoník: nejdůležitější změny*. Olomouc: ANAG, 2013, str. 11.

³⁷⁰ KORBEL, František. *Nová koncepce soukromého práva (I)*. Příspěvek publikovaný dne 14. června 2013 [online]. Dostupný z WWW: <http://zpravy.e15.cz/byznys/pravo-a-byznys/nova-koncepce-soukromeho-prava-1-997885>

³⁷¹ Srov. HURDÍK, Jan. *Občanské právo hmotné*, op. cit., str. 73. Hurdík vytýká větě za středníkem nikoliv nepřipadnou formulaci, ale skutečnost, že stanovená kritéria jsou podobně plytká jako kritérium povahy ustanovení.

³⁷² Např. ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 16.

³⁷³ MELZER, Filip; TÉGL, Petr a kol. *Občanský zákoník - velký komentář. Svazek I*, op. cit., str. 57 a násl.

³⁷⁴ PELIKÁNOVÁ, Irena; PELIKÁN, Robert. In: ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I*, op. cit., str. 14-16.

³⁷⁵ PETROV, Jan; VÝTISK, Michal; BERAN, Vladimír a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2017, str. 7, marg. č. 41.

³⁷⁶ PELIKÁNOVÁ, Irena; PELIKÁN, Robert. In: ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I*, op. cit., str. 15.

Stojí za povšimnutí, že Pelikánová a Pelikán zákonnému zákazu uvedenému ve větě za středníkem odepírají jakýkoliv normativní význam („*nezakazují se tedy ve skutečnosti ujednání porušující dobré mravy atd.*“), neboť (zřejmě) postačí, že jsou zakázána jinými ustanoveními.³⁷⁷ To je však pravda pouze částečně, jelikož právní jednání směřující proti veřejnému pořádku nikde výslovně zakázáno není. Ustanovení § 580 OZ totiž stanoví neplatnost právního jednání příčícího se dobrým mravům, o veřejném pořádku však již mlčí. Ustanovení § 588 OZ hovoří o absolutní neplatnosti právního jednání, které odporuje zákonu a zjevně narušuje veřejný pořádek. Z výše prezentovaného názoru by pak bylo možné dovodit, že v obecné rovině je právní jednání proti veřejnému pořádku dovoleno, dokonce je dovoleno i právní jednání zjevně narušující veřejný pořádek; patrně až právní jednání *odporující zákonu* a současně *zjevně narušující veřejný pořádek* by bylo neplatné, a to hned absolutně (§ 588 OZ).

Poznání, že ustanovení § 1 odst. 2 OZ, věta za středníkem, má význam pro určení kogentnosti norem, tak svádí k závěru, že toto ustanovení nemá význam vyplývající z jeho textace, tedy normativního zákazu určitých ujednání. Přitom se v žádném případě nejedná o otázku marginální. Ve skutečnosti se jedná o otázku, zda občanský zákoník zakazuje ujednání v rozporu s veřejným pořádkem.

Přístup té části doktríny, která vnímá dobré mravy a veřejný pořádek jako kritéria kogentnosti norem, je pochopitelný a legitimní, protože je odůvodněn zřetelným úmyslem zákonodárce. Bez důvodové zprávy (a jiných materiálů, ze kterých můžeme dovozovat motivaci autorů předlohy občanského zákoníku) bychom nicméně tento závěr dovodili jen stěží. Je tak kladen důraz na výklad historický, což se nejvíce jako nejšťastnější řešení.

Nabízí se ale i systematický argument zdůrazňující zařazení tohoto odstavce do kontextu k jiným institutům občanského zákoníku. Pokud by zákonodárce chtěl „pouze“ vyjádřit zákaz určitých ujednání (tedy obsahové korektivy právního jednání), logicky mohl takový zákaz umístit k regulaci právního jednání (§ 545 a násl. OZ), ev. k neplatnosti právního jednání (§ 574 a násl. OZ).³⁷⁸ Zařazení tohoto odstavce do

³⁷⁷ Ibidem. Není to závěr ojedinělý. Například Tichý výslovně považuje normu obsaženou v § 1 odst. 2 OZ, věta za středníkem, za proklamativní, a tudíž imperfektní, neboť neobsahuje sankci za její porušení (TICHÝ, Luboš. In: ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I*, op. cit., str. 1446).

³⁷⁸ O systematickém zařazení této věty – jako o „nevhodném a matoucím“ – srov. PELIKÁN, Robert. *Kogentní...*, op. cit., str. 247.

úvodních ustanovení a zejména pak srovnání věty před a za středníkem ustanovení § 1 odst. 2 OZ, spíše dává za pravdu argumentu, že se „věta za středníkem“ kogentnosti norem přece jen týká.

Je nicméně potřeba zdůraznit tento závěr: pokud kategorie dobrých mravů a veřejného pořádku vnímáme jako kritéria kogentnosti, pak kogentní norma bude taková norma, která je s dobrými mravy či veřejným pořádkem spjata do té míry, že každé odchýlení od ní by *eo ipso* bylo nepřípustné, bylo by totiž porušením těchto hodnot.³⁷⁹ Ještě jinak to lze vyjádřit slovy Brože: „[p]ůjde o právní normy, které představují úpravu, jež lze jako jedinou považovat za neodporující dobrým mravům, veřejnému pořádku nebo právu na ochranu osobnosti.“³⁸⁰

Nakonec zřejmě nic nebrání tomu, abychom kritéria dobrých mravů a veřejného pořádku vnímali jako konkretizaci teleologického výkladu.³⁸¹ Z tohoto pohledu kogentní bude norma, jejíž smysl a účel to vyžaduje, přičemž její smysl a účel to bude vyžadovat, chrání-li norma (dotýká se, je spjata apod.) veřejný pořádek či dobré mravy.

2.3.2.4. Smysl a účel zákona jako kritérium kogentnosti norem

Záludnost ustanovení § 1 odst. 2 OZ, věty za středníkem, však nekončí ani v okamžiku, kdy dospějeme k názoru, že dobré mravy a veřejný pořádek nově představují kritéria kogentnosti. Odpověď na jednu otázku totiž otevírá otázku navazující, která v tomto případě zní: jsou dobré mravy a veřejný pořádek kritéria *jedinými*, tj. je výčet z hlediska své stavby taxativní, či demonstrativní?

Intuitivní odpověď právníka by zněla, že pokud před výčtem nenajdeme slova „především“, „zejména“, „mezi jinými“, „příkladmo“, „zvláště“, obzvláště“ apod., nutně se jedná o výčet uzavřený. Podle Melzera uzavřenost výčtu naznačuje důvodová

³⁷⁹ Srov. ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 19.

³⁸⁰ BROŽ, Václav. Určování charakteru právních norem v návrhu nového Občanského kodexu. Příspěvek publikovaný dne 30. května 2010 [online]. Dostupný z WWW: <http://jinepravo.blogspot.com/2010/05/vaclav-broz-urcovani-charakteru.html> Nicméně autor příspěvku se zdráhá označit takové normy za kogentní, resp. není si tím jist a označuje to za sporné zřejmě s ohledem na dikci § 1 odst. 2 OZ, věty za středníkem.

³⁸¹ Obdobně Melzer a Tégl, kteří hledají „teleologické argumenty“ pro závěr o kogentnosti té které normy, hovoří nejdříve o dobrých mravech a veřejném pořádku, a dále pak o ochraně slabší strany a v jiných případech smyslu a účelu normy (MELZER, Filip; TÉGL, Petr a kol. *Občanský zákoník - velký komentář. Svazek I*, op. cit., str. 57-65).

zpráva.³⁸² K tomuto závěru dospěli i Bezouška a Piechovičová.³⁸³ Nicméně intuice v případě výkladu předmětné věty už nejednou selhala a zdá se, že selže i tentokrát. Pokud bychom totiž výčet považovali za uzavřený, *eo ipso* tvrdíme, že všechna donucující ustanovení občanského zákoníku jsou odůvodněná hlediskem dobrých mravů či veřejného pořádku. Takový závěr by byl akceptovatelný pouze pod podmínkou, že bychom výše uvedené pojmy, zejména pojem veřejného pořádku, rozmělnili mimořádně širokou interpretací.³⁸⁴

Za této situace by hrozilo, že se pojem veřejný pořádek stane otevřený a abstraktní do té míry, že se vytratí jakýkoliv jeho obsah. Zároveň by toto pojetí zabránilo judikatuře vymezit veřejnému pořádku jasnější kontury.³⁸⁵ Lze navíc pochybovat, že úmyslem zákonodárce bylo opustit mimořádně vágní pojem „povaha ustanovení“ a konstituovat nový, stejně bezobsažný pojem veřejný pořádek. Proto je třeba přisvědčit majoritní části doktríny³⁸⁶ a spíše učinit závěr, že se jedná o výčet demonstrativní, jelikož najdeme řadu ustanovení, která sice budou donucující povahy, avšak s dobrými mravy a veřejným pořádkem v obvyklém slova smyslu nebudou mít mnoho společného.

Žádné další ustanovení, které poskytuje v tomto smyslu „náhradní“ kritérium kogentnosti, však již v občanském zákoníku nenajdeme. Proto nezbyvá, než se uchýlit k „čistě“ teleologickému výkladu té které normy a zkoumat její smysl a účel. Následek neplatnosti odchylojících se právních jednání pak můžeme dovozovat z ustanovení § 580 odst. 1 OZ, které normuje, že „[n]eplatné je [...] právní jednání, které odporuje zákonu, pokud to smysl a účel zákona vyžaduje.“ Kogentní budou však pouze ta ustanovení, jejichž smysl a účel nepřipouští jakoukoliv odchylku.³⁸⁷

Kritérium smyslu a účelu normy můžeme použít v situacích, kdy je vesměs nepochybné, že norma musí mít kogentní povahu, přesto bychom docela obtížně

³⁸² Srov. MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 256.

³⁸³ BEZOUŠKA, Petr; PIECHOWICZOVÁ, Lucie. *Nový občanský zákoník*, op. cit., str. 11.

³⁸⁴ K taxativnímu či demonstrativnímu výčtu viz také výklad Melzera (MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 256, kapitola V, 2.1.).

³⁸⁵ Protože bychom vždy našli určitou, z povahy věci nutně donucující normu, jejíž kogentnost by nešlo dovést dobrými mravy. Pak by nezbylo než rozšířit veřejný pořádek o další rovinu.

³⁸⁶ Za mnohé např. Korbela (KORBEL, František. *Nová koncepce...*, op. cit.) a k tomuto závěru dospěje nakonec i Melzer (MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 256).

³⁸⁷ Melzer článek o kogentnosti norem OZ uzavírá tzv. testem kogentnosti, přičemž jako poslední bod testu (č. 4) uvádí, že „právní norma je kogentní, pokud její účel a smysl v jiných případech odporuje tomu, aby se strany mohly od této normy vlastním právním jednáním odchýlit“ (MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 260).

dovozovali její sepjetí s veřejným pořádkem nebo dobrými mravy. Může se ale jednat i o úpravu, která *prima facie* nijak donucující charakter neimplikuje, přesto – budeme-li přemýšlet hlouběji – její dispozitivní úprava by, lidově řečeno, nedávala smysl. Každou normu je totiž třeba vnímat v kontextu celého právního institutu, přičemž odchýlné ujednání nesmí tento kontext – smysl, podstatu a konstrukci příslušného institutu – zcela pomíjet, takříkajíc „vypáčit“.

Vhodným příkladem je úprava smlouvy o úschově, konkrétně první část ustanovení § 2403 odst. 2 OZ, která umožňuje uschovateli požádat o vrácení věci i před uplynutím ujednané doby úschovy. Na první pohled smluvní svoboda velí: nechť si smluvní strany toto právo modifikují, jak je jim po vůli, nechť se uschovatel, je-li to jeho přání, omezí v právu požádat o vrácení věci před uplynutím doby úschovy. Závěr o dispozitivní povaze druhého odstavce komentovaného ustanovení najdeme i v odborné literatuře.³⁸⁸ Na druhou stranu takové úvahy pomíjí smysl a účel smlouvy o úschově. Svoboda výstižně píše, že „*smyslem reálné úschovy je služba ve prospěch uschovatele, a nikoli zabezpečení detence věci pro schovatele např. proto, aby ji mohl užívat.*“³⁸⁹ Proto by opačné ujednání, které by znemožnilo uschovateli žádat o vrácení věci před uplynutím doby úschovy, bylo v rozporu se smyslem a účelem normy v širším kontextu právního institutu smlouvy o úschově. Autor této práce se přiklání k názoru o donucující povaze první části ustanovení § 2403 odst. 2 OZ.³⁹⁰

Kritérium „smyslu a účelu normy“ je tedy třeba pojímat jako „zbytkovou“ kategorii kogentnosti, tj. kategorii, která odůvodní kogentnost norem mimo korektivy dobrých mravů a veřejného pořádku. Mohlo by se zdát, že toto zjištění podkopává pointu celé právní konstrukce založené na tom, že kritéria kogentnosti v účinném občanském zákoníku budou, ve srovnání s „povahou ustanovení“ uvedenou v dřívější úpravě (§ 2 odst. 3 OZ 1964), mnohem konkrétnější. Není to ale úplně pravda. Byť je „smysl a účel normy“ pojem dosti obecný, je podle autora této práce pořád daleko funkčnějším kritériem než ona „povaha ustanovení“. Kdekdo by mohl například tvrdit, že zkoumání „povahy ustanovení“ je zkoumáním i jeho dikce či textace; podobné úvahy kritérium „smyslu a účelu“ normy však nepřipouští.

³⁸⁸ Srov. PIHERA, Vlastimil. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI*, op. cit., str. 753.

³⁸⁹ SVOBODA, Karel. *Závazky ze schovacích a zaopatřovacích smluv*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, str. 36.

³⁹⁰ Svoboda dospěl k totožnému závěru (ibid.).

2.3.2.5. Dvojitá povaha § 1 odst. 2 OZ, věty za středníkem

Doposud bylo přiblíženo několik možných výkladů ustanovení § 1 odst. 2 OZ, věty za středníkem. Dva z nich stojí za připomenutí. První razí myšlenku, že věta za středníkem o kogentnosti nestanoví nic, nýbrž pouze zakazuje určitá ujednání. Druhý – zcela opačně – vychází z předpokladu, že tatáž věta nic nezakazuje, nýbrž se týká pouze poznání kogentních norem. Zdá se, že oba výklady si vzájemně odporují. Nikoliv však nutně. Střední cesta (a v určitém smyslu i kompromisní výklad) spočívá v tom, že věta za středníkem přisoudí význam obojí, tj. jak zákazu určitých ujednání, tak i vodítka k poznání donucujících norem. Toto pojetí zřejmě nejlépe vystihuje úmysly zákonodárce, resp. spíše autorů nového civilního kodexu.

Eliáš, jeden z tvůrců občanského zákoníku, je právě zastáncem názoru, že věta za středníkem je třeba přisoudit tuto dvojitou povahu. Hovoří o tzv. dvojí funkcionalitě tohoto zákazu, přičemž *„[n]egativní účinky se projevují v tom, že zákaz ujednání narušujících dobré mravy nebo veřejný pořádek dopadá na jakékoliv úmluvy kolidující s těmito hodnotami“*, zatímco pozitivní účinky zase v tom, že indikují kogentní a dispozitivní ustanovení.³⁹¹ Melzer s Téglem význam předmětného ustanovení chápou nejinak, tj. předně jako kritérium pro určení kogentních norem, ale rovněž jako limit odchýlení se od norem dispozitivních.³⁹²

Stojí za povšimnutí, jak široce tento zákaz uvedení autoři pojmají. Hovoří totiž o jakémkoliv ujednání, které odporuje hodnotám dobrých mravů a veřejného pořádku, dokonce i ujednání, které je – formálně vzato – zcela v souladu s dikcí určitého ustanovení, avšak konkrétní okolnosti, za nichž bylo přijato, takový rozpor zakládají, a proto je takové ujednání zakázáno.³⁹³

Výše uvedený odkaz na komentář z pera Melzera s Téglem a pojednání Eliáše není náhodný. Právě na tyto autory (a v zásadě v kontextu § 1 odst. 2 OZ jedině na ně) odkazuje i Nejvyšší soud v nejnovější judikatuře, kde se zabývá otázkou významu ustanovení § 1 odst. 2 OZ. V rozhodnutí ze dne 19. 9. 2017, sp. zn. 29 Cdo 5719/2016, Nejvyšší soud zkoumal povahu ustanovení § 207 odst. 1 ZOK, které stanoví, že

³⁹¹ ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 16.

³⁹² Srov. např. ke kritériu dobrých mravů MELZER, Filip; TÉGL, Petr a kol. *Občanský zákoník - velký komentář. Svazek I*, op. cit., str. 58.

³⁹³ Ibidem.

„[k]aždý společník může svůj podíl převést na jiného společníka.“ Není třeba dopodrobna rozebírat skutkové okolnosti daného případu, stačí stručně uvést, že Nejvyšší soud se zabýval také otázkou, zda společenská smlouva může určit, že podíl není převoditelný ani na jiného společníka téže společnosti. Nakonec dospěl k závěru, že takové právní konstrukci zákon nebrání.

Podstatnější, nežli deklarování dispozitivní povahy prvního odstavce ustanovení § 207 ZOK, je poselství Nejvyššího soudu ohledně významu a smyslu ustanovení § 1 odst. 2 OZ, jež u této příležitosti vyslal. Je namístě citovat následující delší úryvek předmětného rozhodnutí:

„Ustanovení § 1 odst. 2 části věty před středníkem o. z. pak vychází z toho, že takový zákaz bude výslovný. Výslovný zákaz určitého ujednání stran může být přímý i nepřímý. V případě přímého zákazu zákon výslovně určuje, že se určité jednání zakazuje. Příkladem přímých výslovných zákazů je právě ustanovení § 1 odst. 2 část věty za středníkem o. z., jež zakazuje ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo týkající se postavení osob. Povaha právní normy, od níž se taková ujednání odchylují (tj. zda jde o právní normu absolutně či relativně kogentní anebo o právní normu dispozitivní), přitom není významná. Jinak řečeno, ani od dispozitivní právní normy se strany nemohou odchýlit způsobem popsáním v § 1 odst. 2 části věty za středníkem o. z. Je-li však možno jakoukoliv odchylku od určité právní normy považovat (per se) za porušující dobré mravy, veřejný pořádek či právo upravující postavení osob, lze takovou právní normu kvalifikovat jako (absolutně) kogentní.“

Z výše citované pasáže rozhodnutí je patrné, že Nejvyšší soud se přiklání k závěru o dvojí povaze ustanovení § 1 odst. 2 OZ, věty za středníkem, tj. z jedné strany normativního zákazu určitých ujednání a z druhé vymezení kritérií kogentnosti.³⁹⁴ Nejvyšší soud chápe větu za středníkem jako zákaz *přímý*, nicméně nikoliv v tom smyslu, že bychom jeho prostřednictvím mohli bezprostředně identifikovat kogentní

³⁹⁴ Pro úplnost je třeba dodat, že svůj názor NS zopakoval (přesněji řečeno určité pasáže doslova přepsal) ve svém pozdějším rozhodnutí ze dne 31. 10. 2017, sp. zn. 29 Cdo 387/2016. Nejvyšší soud v tomto rozhodnutí zkoumal, zda společnost může navenek zastupovat jednatel společně s prokuristou (na základě zápisu způsobu jednání statutárního orgánu v obchodním rejstříku). S ohledem na § 160 odst. 2 OZ, § 194 odst. 1 ZOK a § 450 odst. 1 OZ v kontextu § 1 odst. 2 OZ, dospěl k závěru, že takový způsob zastupování společnosti není možný.

normu.³⁹⁵ Kogentní normu může tento *přímý zákaz* pomoci identifikovat až ve spojení s teoretickými východisky kogentnosti – nemožnosti *jakékoliv odchylky*.³⁹⁶

Závěry Nejvyššího soudu se však neomezují pouze na dobré mravy a veřejný pořádek. Nejvyšší soud totiž dále dodává:

„V případě nepřímého zákazu zákon odchylné ujednání stran reprobuje tím, že je prohlašuje za neplatné, případně za zdánlivé, či určuje, že se k němu nepřihlíží. Příkladem nepřímého výslovného zákazu je ustanovení § 580 o. z., podle něhož je neplatné (mimo jiné) právní jednání, které odporuje zákonu, pokud to smysl a účel zákona vyžaduje [...]. I v tomto případě platí, že zákon zakazuje každou odchylku od určité právní normy, která odporuje jejímu smyslu a účelu, byť by obecně šlo o právní normu (absolutně) kogentní (tedy byť by jiné odchylky od právní normy byly možné). Brání-li však smysl a účel určité právní normy jakémukoliv odchylnému ujednání, půjde o právní normu (absolutně) kogentní.“

Analogicky tedy můžeme uvažovat i o ustanovení § 580 odst. 1 OZ jako o *nepřímém zákazu*. Stejně jako u věty za středníkem (§ 1 odst. 2 OZ), ustanovení § 580 odst. 1 OZ samo o sobě nevede k poznání kogentní normy.³⁹⁷ Smysl a účel normy musí totiž bránit *jakémukoliv* odchylnému ujednání a jedině pak bude možné hovořit o kogentní normě. Dále je patrné, že Nejvyšší soud vnímá výčet kritérií kogentnosti jako výčet demonstrativní. Kogentnost ostatních ustanovení občanského zákoníku – mimo paradigma ustanovení § 1 odst. 2 OZ, věty za středníkem – dovozuje Nejvyšší soud z ustanovení § 580 OZ.

2.3.3. Dílčí shrnutí a závěry autora

Platný občanský zákoník zakládá pro rozlišování povahy norem ve srovnání s předchozí právní úpravou částečnou kontinuitu a částečnou diskontinuitu.

³⁹⁵ Podstata tohoto zákazu je tedy jiná než např. u § 2519 odst. 1 OZ, podle něhož můžeme bezprostředně poznat, které ustanovení je donucující povahy. Blíže viz kap. 2.3.1.1.

³⁹⁶ Poslední citovanou větu pak můžeme považovat za určitý pokus o definici kogentní normy v kontextu nové soukromoprávní regulace.

³⁹⁷ Opět je třeba upozornit na rozdíl mezi výslovným nepřímým určením kogentních norem díky např. § 2519 odst. 2 OZ. Ustanovení § 580 OZ má tedy „dvojí funkcionalitu“, protože se týká i norem dispozitivních. Blíže viz kap. 2.3.1.2.

Částečná kontinuita vyplývá z věty před středníkem ustanovení § 1 odst. 2 OZ; spočívá v tom, že stejně jako ve starší právní úpravě účinný občanský zákoník na mnoha místech výslovně stanoví, zda si strany mohou, či nemohou ujednat práva a povinnosti odchylně od zákona. Hodné zobecnění jsou tři následující poznatky:

- zákaz odchylného ujednání může být *přímý* nebo *nepřímý*; pokud je nepřímý, pak občanský zákoník, na rozdíl od předchozí právní úpravy, diferencuje následky odchýlení (zdánlivost, neplatnost nebo neúčinnost);
- výslovný zákaz nijak nesouvisí s dikcí či textací daného ustanovení; textace ustanovení nemá vliv na jeho právní povahu, byť kogentnost občas může indikovat;
- norma „dovolující“ není automaticky ani kogentní, ani dispozitivní; každou takovou normu je třeba zkoumat podle obecných pravidel.

Diskontinuitu lze naopak spatřovat ve větě za středníkem ustanovení § 1 odst. 2 OZ, kterou bude nově potřeba reflektovat při úvahách o povaze toho kterého ustanovení, přestože výhrady a námitky proti její formulaci lze pochopit. Je jistě pravdou, že zvolené řešení je velmi sofistikované a zdaleka ne intuitivní. Dle názoru autora této práce by však bylo příliš troufalé zcela ignorovat jasný úmysl zákonodárce, který – a o tom není pochyb – chtěl přístup ke zkoumání povahy norem v občanském zákoníku určitým způsobem modifikovat, usměrnit či upřesnit. Právě pojmání dobrých mravů a veřejného pořádku jako kritérií kogentnosti mělo být podstatnou změnou oproti právní úpravě obsažené v OZ 1964.

Kromě výše předestřených argumentů podporu pro uvedený výklad lze spatřovat i v ustanovení § 2 odst. 2 OZ,³⁹⁸ a to v dvojím smyslu: větě za středníkem přisuzujeme význam, který plyne z vlastního textu slov (normativní zákaz) a také význam, který plyne z jasného úmyslu zákonodárce (kritéria kogentnosti).

Proto po komparaci různých přístupů odborné literatury, zhodnocení následků a reflexi prvních rozhodnutí Nejvyššího soudu ke zkoumanému paragrafu občanského zákoníku dospěl autor této práce k následujícím závěrům:

³⁹⁸ „Zákonnému ustanovení nelze přikládat jiný význam, než jaký plyne z vlastního smyslu slov v jejich vzájemné souvislosti a z jasného úmyslu zákonodárce;[...]“.

- dobré mravy a veřejný pořádek je třeba chápat jako kritéria kogentnosti; pokud jsou v dané normě obsažené, event. pokud by jakákoliv odchylka od normy *per se* znamenala s těmito hodnotami rozpor, norma musí být z tohoto důvodu považována za kogentní;
- třetím a posledním kritériem, tedy jakousi „zbytkovou“ kategorií kogentnosti, je smysl a účel konkrétní normy; pokud by jakákoliv myslitelná odchylka od normy popírala její smysl a účel, normu z tohoto důvodu musíme považovat za kogentní;
- dobré mravy a veřejný pořádek představují zároveň limity platnosti právního jednání, tj. zákon zakazuje jakékoliv ujednání, které by bylo s těmito hodnotami v rozporu.

I přes trnitou cestu, která vedla k výše uvedeným závěrům, lze do budoucna hledět s určitou nadějí. Pokud výše prezentovaná interpretace ustanovení § 1 odst. 2 OZ povede soudce ke zdůvodňování, v čem by jakákoliv odchylka od normy stanovila rozpor s dobrými mravy či veřejným pořádkem, eventuálně v čem by tato jednoznačně odporovala účelu a smyslu normy, cíl zákonodárce bude v obecné rovině naplněn.³⁹⁹ Při zdůraznění zásadní dispozitivnosti právní úpravy lze doufat, že hlasy volající „neplatné, neplatné, neplatné“ budeme slyšet čím dál tím méně.⁴⁰⁰

Přesto se nelze ubránit myšlence, že předmětné ustanovení mohlo být zákonodárcem formulováno daleko instruktivněji.⁴⁰¹ Autor této práce si pro úvahu *de lege ferenda* vypůjčí pracovní verzi návrhu novely občanského zákoníku z dílny Ministerstva spravedlnosti ČR⁴⁰², která obsahovala mezi jinými i změnu ustanovení

³⁹⁹ Tak jako v případě citovaného rozsudku NS ze dne 19. 9. 2017, sp. zn. 29 Cdo 5719/2016. Nejvyšší soud uzavřel úvahy o povaze § 207 ZOK následovně: „*Nejvyšší soud pak neshledává žádné okolnosti, z nichž by bylo možné usuzovat, že dobré mravy, veřejný pořádek či smysl a účel právní normy vyjádřené v § 207 odst. 1 a 2 z. o. k. brání tomu, aby si společníci (zakladatelé) ve společenské smlouvě ujednali, že převod podílů (či některých z nich) na jiného společníka není možný.*“

⁴⁰⁰ Srov. ELIÁŠ, Karel. Legendy..., op. cit., str. 633.

⁴⁰¹ Otevře-li laik „nový“ občanský zákoník, hned první ustanovení bude pro něj do značné míry nesrozumitelné. Nestačí se uchýlit k alibistické konstataci, kterou ze zjevných důvodů s oblibou používají advokáti, a sice že laik tak nebo tak ustanovení občanského zákoníku nepochopí. Koneckonců právo by mělo být předvídatelné a má-li být předvídatelné, musí být i srozumitelné. Takové by alespoň měly být ambice zákonodárce.

⁴⁰² Pracovní verze návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. Publikováno 17. 8. 2014. Dostupná z WWW:

§ 1 odst. 2 OZ, věty za středníkem. Věta za středníkem po novelizaci měla znít: „*ujednáním se nelze odchýlit od ustanovení zákona, které se dotýká dobrých mravů, veřejného pořádku nebo práv týkajících se postavení osob, včetně práva na ochranu osobnosti.*“⁴⁰³ Taková formulace by dle názoru autora této práce mnohem lépe vystihovala deklarovaný úmysl zákonodárce. Nutí totiž soudce k zamyšlení: *dotýká se* dané ustanovení dobrých mravů či veřejného pořádku? (Souvisí s nimi? Je s nimi spjato? Jsou v něm obsažené? atd.).⁴⁰⁴ Pokud ano, je ustanovení kogentní. Pokud je kogentní, nelze se odchýlit, nelze jej vyloučit a nelze jej obejít. Již samotná dikce věty za středníkem by správně explicitně naváděla soudce ke zkoumání pouhé normy jako takové, nikoliv obsahu právního jednání či dokonce okolností případů. Vhodné vložení slůvka „zejména“ – jako odkaz na neúplnost výčtu, tj. na hledisko „smyslu a účelu“ normy – by rovněž nebylo na škodu.⁴⁰⁵

Jelikož předmětná změna nebyla přijata, otevřel se prostor pro úvahy o „subjektivizaci“ a relativizaci právní povahy normy.⁴⁰⁶ Autor této práce je však přesvědčen, že i za stávající právní úpravy je možné vnímat kritéria kogentnosti nezávisle a objektivně, tj. že pro poznání kogentní normy nebudou rozhodné konkrétní okolností případu, ale sepjetí dobrých mravů a veřejného pořádku s tou kterou normou. Z této premisy vychází i třetí část této práce.

2.4. Kogentní norma v kontextu § 580, resp. § 586 a § 588 OZ

Předchozí kapitoly vybízí k několika poznámkám⁴⁰⁷ o vztahu ustanovení § 1 odst. 2 OZ a ustanovení upravujících neplatnost právního jednání (zejména § 580,

https://www.businessinfo.cz/app/content/files/dokumenty/Navrh_zmen_NOZ-200814.pdf

⁴⁰³ Srov. také GRMAN, Juraj. Kogentnost právní úpravy obchodních korporací a související statusové otázky. Brno, 2015/2016. 62 str. Diplomová práce. Masarykova univerzita v Brně, Právnická fakulta, Katedra obchodního práva. Vedoucí práce Jarmila Pokorná. Dostupné také z WWW: https://is.muni.cz/th/w0jqs/Diplomova_prace.pdf, str. 18.

⁴⁰⁴ Otázku přímého zákazu ujednání odporujících veřejnému pořádku by bylo možné přesunout např. k obsahově blízkým ustanovením o neplatnosti právního jednání (§ 574 a násl. OZ).

⁴⁰⁵ Obdobně MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 256.

⁴⁰⁶ Srov. BERAN, Karel. In: DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanské právo hmotné*, op. cit., str. 137-138 a kap. 1.3.2.

⁴⁰⁷ Pouze „několika poznámkám“ proto, že problematice neplatnosti právního jednání v novém občanském zákoníku se již věnovala řada autorů a zároveň rozbor neplatnosti není přímým předmětem této práce. Proto se její autor omezí spíše na několik závěrů, které vyplývají z jeho chápání § 1 odst. 2 OZ, místo hlubší analýzy všech možných aspektů pojetí neplatnosti v novém civilním kodexu.

§ 588 a § 588 OZ). Problematika identifikace kogentní normy a stanovení následku odchýlného ujednání se sebou úzce souvisí.

Připomeňme krátce, že kogentní norma může být identifikovatelná již tím, že zákon stanoví sankci zdánlivosti nebo neúčinnosti ujednání s takovou normou v rozporu. Sankci zdánlivosti či neúčinnosti můžeme vnímat jako „speciální“ následek odchýlení od kogentní normy, a to právě v tom smyslu, že jej zákonodárce musí přímo zakotvit. V ostatních případech je třeba vycházet z platného zákona a dovodit neplatnost odchýlného ujednání podle obecných pravidel o neplatnosti, upravených v ustanoveních § 574 a násl. OZ. Nelze tedy souhlasit s názorem, že každé odchýlení od kogentní normy soud může jednoduše ignorovat a aplikovat kogentní normu bez dalšího.⁴⁰⁸

Přijmeme-li závěry vyplývající z předchozích kapitol, pak kogentní norma může být odůvodněna třemi hledisky: veřejným pořádkem, dobrými mravy a smyslem a účelem normy v ostatních případech. Zanalyzujeme tedy stručně tyto tři varianty a začneme přitom od posledně zmíněného kritéria.

Bude-li norma kogentní proto, že její smysl a účel nepřipouští jakoukoliv autonomní modifikaci, bude pochopitelně tentýž smysl a účel vyžadovat neplatnost takové odchylky (§ 580 odst. 1 OZ). Jiné pojetí by bylo absurdní, když navíc kritérium smyslu a účelu dovozujeme z téhož ustanovení (viz výše). V obecné rovině se pak bude jednat o neplatnost relativní (§ 586 OZ), nicméně nelze vyloučit, že *intenzita* (rozsah, míra apod.) odchylky od kogentní normy, jejíž kogentnost nesouvisí s dobrými mravy ani veřejným pořádkem, nakonec rozpor s dobrými mravy nebo veřejným pořádkem založí, a proto sankcí bude neplatnost absolutní ve smyslu ustanovení § 588 OZ.

Bude-li norma kogentní proto, že je spjata s dobrými mravy jako takovými, pak každé odchýlení od ní logicky působí rozpor s dobrými mravy. Ustanovení § 580 odst. 1 OZ prohlašuje právní jednání v rozporu s dobrými mravy za neplatné. Jedinou relevantní nejasnost představuje otázka, zda se jedná o neplatnost relativní

⁴⁰⁸ Takový názor zastává patrně Janoušek (JANOUSEK, Michal. K pochybnosti o povaze neplatnosti pro rozpor se zákonem a o následcích, které působí trestný čin v občanském právu. *Právní rozhledy*, 2016, č. 6, str. 215). Janoušek zdá se dovozovat, že každé ujednání v rozporu s kogentní normou musí být zdánlivé, což je názor – pokud je autorovi této práce známo – v doktríně spíše výjimečný a nelze jej považovat za příliš přiléhavý. Autor této práce sice souhlasí s Janouškem v tom, že rozpor s kogentní normou vždy určitý negativní právní následek vyvolává, ale nikoliv proto, že by snad každé odchýlné ujednání bylo bez dalšího zdánlivé, ale proto, že můžeme vždy dovodit neplatnost takového jednání (mimo výslovné stanovení zdánlivosti, kde skutečně nelze nic jiného než zdánlivost dovozovat).

(§ 586 OZ), nebo absolutní (§ 588 OZ), kdy dělítkem má být dle dikce zákona „zjevnost“ takového rozporu (§ 588 OZ).

Konečně kogentnost normy může být odůvodněna i hlediskem veřejného pořádku. Jelikož veřejný pořádek (na rozdíl od dobrých mravů a smyslu a účelu zákona) v ustanovení § 580 OZ výslovně zmíněn není, nabízí se otázka, zda porušení kogentní normy, která je odůvodněna hlediskem veřejného pořádku, musí být vždy neplatné pro rozpor se smyslem a účelem této normy. S ohledem na obsah pojmu veřejný pořádek (srov. kap. 3.2.) se autor této práce domnívá, že tomu skutečně tak vždy musí být. Jinak řečeno množina norem, které chrání veřejný pořádek a zároveň by jejich smysl a účel připouštěl odchýlné ujednání, bude prázdná.⁴⁰⁹

Otázkou je, zda u porušení kogentní normy chránící veřejný pořádek lze uvažovat o relativní neplatnosti takového ujednání (§ 586 OZ). Dikce ustanovení § 588 OZ by tomu, stejně jako u rozporu s dobrými mravy, nasvědčovala, neboť hovoří-li zákonodárce o jednání, jež odporuje zákonu a *zjevně* narušuje veřejný pořádek (§ 588 OZ), existuje zřejmě i jednání, které odporuje zákonu a narušuje veřejný pořádek, nikoliv však „zjevně“.

V každém případě sankcí za porušení kogentní normy je neplatnost takového jednání, ať už se jedná o neplatnost absolutní nebo relativní⁴¹⁰ (samozřejmě mimo případy, kdy je sankcí zdánlivost nebo neúčinnost; srov. kap. 2.3.1.).

Výše uvedené úvahy byly vedeny hlavně s cílem předložit oponentní názor k nikoliv ojedinělé tézi, že existuje jakási kategorie „imperfektních“ kogentních norem⁴¹¹, tedy kogentních norem, které umožňují odchýlnou úpravu, neboť neexistuje

⁴⁰⁹ Takto přímo NS: „[n]ení pochyb o tom, že smysl a účel právních norem chránících veřejný pořádek vyžaduje, aby právní jednání je porušující byla neplatná[...]“ (rozsudek NS ze dne 31. 10. 2017, sp. zn. 29 Cdo 387/2016).

⁴¹⁰ V rámci výše uvedených úvah záměrně zůstávají nerozvinuty „nejasnosti“ ohledně relativní nebo absolutní neplatnosti právního jednání v případě rozporu s dobrými mravy nebo veřejným pořádkem. Zde se totiž doktrína výrazně rozchází: na jedné straně třeba Zuklínová nebo Tichý poukazují na kvalifikovaný rozpor se zákonem díky požadavku „zjevnosti“ (§ 588 OZ), zatímco Melzer nebo Handlar dovozují, že rozpor s dobrými mravy nebo veřejným pořádkem musí vždy působit jediné absolutní neplatnost. Podrobný rozbor jednotlivých pojetí však přesahuje rozsahové možnosti této práce (a taktéž není jejím bezprostředním předmětem), proto se autor této práce tématem dále nezabývá. K tomu blíže viz ZUKLÍNOVÁ, Michaela. *Právní jednání podle...*, op. cit., str. 156-158; TICHÝ, Luboš. In: ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I*, op. cit., str. 1486-1487; MELZER, Filip. In: MELZER, Filip; TĚGL, Petr a kol. *Občanský zákoník - velký komentář. Svazek III. § 419-654*. Praha: Leges, 2014, str. 785; HANDLAR, Jiří. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I*, op. cit., str. 2133.

⁴¹¹ Pracovní název autora této práce.

sankce takového odchylného ujednání.⁴¹² Takový závěr nejenže odporuje doktrinálnímu chápání kogentnosti (vzpomeňme třeba na to, jak silné výrazivo doktrína používá: normy *kategorické, imperativní, nevylučitelné* apod.), ale autor této práce pro něj nenachází opodstatnění – jak bylo poukázáno výše – ani v platné právní úpravě.

⁴¹² Takto třeba Bezouška a Piechowiczová míní, že „[j]e zřejmé, že § 580 NOZ stojí samostatně, tudíž se může stát, že pravidlo bude podle § 1 odst. 2 NOZ hodnoceno jako kogentní, ale jeho porušení nebude sankcionováno neplatností, neboť to nebude vyžadovat smysl a účel tohoto pravidla“ (BEZOUŠKA, Petr; PIECHOWICZOVÁ, Lucie. *Nový občanský zákoník*, op. cit., str. 89). Takový názor zřejmě zastávají i Melzer s Téglem, kteří mají za to, že i v případě závěru o kogentnosti daného pravidla, je třeba provést teleologický test dle § 580 odst. 1 OZ (MELZER, Filip; TÉGL, Petr a kol. *Občanský zákoník - velký komentář. Svazek I*, op. cit., str. 57, marg. č. 146). Z toho logicky plyne závěr, že určitá odchylná ujednání síto testu propustí, a zůstanou tedy platná i přes rozpor s kogentní normou. Jako příklad uvedení autoři nabízejí (kogentní) normu stanovící povinnou formu právního jednání, která nicméně slouží pouze jako posílení důkazní situace stran, tudíž její nedodržení nemusí vyvolat neplatnost. Dále nicméně připouštějí (ibid., pozn. pod čarou č. 224), že je otázkou, zda takovou normu vůbec za kogentní budeme považovat. Závěr, že taková norma vůbec pojmově kogentní nebude, je autorovi této práce bližší.

3. Dobré mravy a veřejný pořádek jako kritéria kogentnosti norem

Z výše uvedeného výkladu je patrné, že pro pochopení aktuální koncepce občanského zákoníku týkající se rozlišování povahy norem je nutné blíže poznat právní pojmy nově představující kritéria kogentnosti – dobré mravy a veřejný pořádek.

Učiňme však nejprve krátký exkurs do zahraničí, protože je samozřejmostí, že nepsaná pravidla a hodnoty⁴¹³, k nimž patří rovněž dobré mravy a veřejný pořádek, nejsou ničím, co by bylo občanským zákoníkům sousedních zemí neznámé. *Kodeks cywilny* (polský občanský zákoník) například stále pracuje zejména s pojmem *zasady współzycia społecznego* (zásady společenského soužití)⁴¹⁴, i když mnozí poukazují na to, že tento termín má pachut' totalitního chápání soukromého práva a bylo by jej vhodné nahradit pojmem jiným.⁴¹⁵ Na vývoji obsahu tohoto pojmu můžeme nicméně pozorovat, že i bez novelizace zákona si doktrína a právní praxe takříkajíc „najde cestu“, obsah pojmu přehodnotí a nebude používat významnou část starší judikatury s tímto pojmem spojenou.⁴¹⁶

Zásady společenského soužití plní v polském občanském právu více funkcí⁴¹⁷, přesto jednou z nejdůležitějších je stanovení obecných limitů smluvní svobody stran (čl. 353(1) KC⁴¹⁸). Lze usoudit, že pojetí a funkce tohoto termínu jsou do značné míry obdobné jako pojetí dobrých mravů v tuzemské civilistice. České soudy například sjednanou výši úroku z prodlení poměřují hlediskem dobrých mravů, polské naopak hlediskem zásad společenského soužití.⁴¹⁹

⁴¹³ Takto je označuje např. THÖNDEL, Alexandr. In: DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanské právo hmotné*, op. cit., str. 122.

⁴¹⁴ Není to však jediný toho typu neurčitý pojem. V KC nalezneme mimo jiné v čl. 5 termín *społeczno-gospodarcze przeznaczenie* (společensko-hospodářský účel), který byl rovněž převzat ze sovětských vzorů. *Kodeks cywilny* nicméně obsahuje i pojmy, které se již s totalitním pojetím společnosti nepojí, jako např. *względy słuszności* (ohledy slušnosti) v čl. 417² KC, čl. 761² KC, čl. 764³ atd. Blíže viz RADWAŃSKI, Zbigniew; OLEJNICZAK, Adam. *Prawo cywilne...*, op. cit., str. 47-48, marg. č. 100.

⁴¹⁵ Ibidem.

⁴¹⁶ Blíže srov. WIŚNIEWSKI, Tadeusz. Čl. 353(1). In: GUDOWSKI, Jacek (red.). *Kodeks cywilny: komentarz*. Warszawa: LexisNexis Polska, 2013. Dostupný také z WWW: <https://sip.lex.pl/#/commentary/587429879/227319>

⁴¹⁷ Například se použijí při výkladu projevu vůle (čl. 65 § 1 KC), dále jako flexibilní zpřesnění obsahu konkrétního právního institutu (čl. 140 KC) apod. Další funkce viz RADWAŃSKI, Zbigniew; OLEJNICZAK, Adam. *Prawo cywilne...*, op. cit., str. 47, marg. č. 99.

⁴¹⁸ Článek 353(1) KC (redakčně označen nadpisem „Limity smluvní svobody“) stanoví: „Smluvní strany si mohou upravit právní vztah dle vlastního uvážení, pokud se jeho obsah nebo účel nebude přičít podstatě (přirozenosti) právního vztahu, zákonu nebo zásadám společenského soužití.“

⁴¹⁹ K nepřiměřenosti úroku z prodlení viz například rozsudek NS PL ze dne 8. 1. 2003, sp. zn. II CKN 1097/00. Polská judikatura k zásadám společenského soužití (dále „ZSS“)

S jistotou však můžeme říci, že polská doktrína tento pojem nijak explicitně s kogentními normami nespojuje, rozhodně pak neplní funkci jejich ukazatele či vodítka k jejich identifikaci. Naopak je zdůrazňován spíše jejich „odstup“ od pozitivního práva; je dovozováno, že rozpor právního vztahu se zásadami společenského soužití spočívá v tom, že jeho obsah nebo účel odporuje morálním normám existujícím v mezilidských vztazích, je nespravedlivý z pohledu jedné smluvní strany nebo předmět či účel smlouvy není možné akceptovat s ohledem na hodnoty, které uznává společnost. Karaszewski přímo dodává, že obsah, předmět nebo účel z formálního hlediska vůbec nemusí být v rozporu s právními normami.⁴²⁰

Právě tuto funkci – kritérií kogentnosti – však mají dobré mravy a veřejný pořádek v tuzemském občanském zákoníku plnit (srov. část 2. této práce). Dvojakost povahy těchto pojmů – odstup od pozitivního práva a zároveň i jeho propojení s ním – je třeba mít na zřeteli při dalších úvahách o jejich funkci v „novém“ občanském zákoníku.

S ohledem na výše uvedené není cílem následující části podrobná obsahová analýza těchto pojmů, ale přiblížení mechanismu, jakým dobré mravy či veřejný pořádek mohou pomoci identifikovat kogentní normu, resp. které normy můžeme s ohledem na dobré mravy a veřejný pořádek považovat za kogentní. Tohoto účelu nicméně nelze dosáhnout bez (alespoň zběžného) doktrinního a judikaturního vymezení těchto pojmů v tuzemském a – zejména co se týká veřejného pořádku – i zahraničním kontextu.

3.1. Dobré mravy (*boni mores*) – obecné vymezení

Zabývá-li se nějaké odborné pojednání právním pojmem *dobré mravy*, zpravidla jeho autor na začátku podotkne, že jejich vymezení je obtížné („*vzhledem k jejich*

v kontextu smluvní svobody je velmi rozsáhlá. Z tohoto pohledu za smlouvy, které jsou v rozporu se ZSS můžeme považovat např. smlouvy, které konstituují hrubou nerovnováhu v právech a povinnostech stran (srov. např. rozsudek NS PL ze dne 23. 6. 2005, sp. zn. II CK 739/04), které hrubě nerovnoměrně rozkládají smluvním stranám rizika (srov. rozsudek NS PL ze dne 9. 11. 2006, sp. zn. IV CSK 208/06) nebo taky které zasahují do základních práv a svobod člověka (např. právo podnikat, srov. rozsudek NS PL ze dne 20. 5. 2004, sp. zn. II CK 354/03).

⁴²⁰ KARASZEWSKI, Grzegorz. Čl. 353(1). In: CISZEWSKI, Jerzy (red.). *Kodeks cywilny. Komentarz*. Wyd. II. Warszawa: LexisNexis, 2014. Dostupný také z WWW: <https://sip.lex.pl/#/commentary/587409801/453428>

mnohotvárnosti, vývoji a probíhajícím změnám“⁴²¹) nebo že je to pojem přímo nedefinovaný a nedefinovatelný.⁴²² Dočteme se dokonce, že dobré mravy „*nesnášejí jakýkoliv pokus o definici, neboť definováním jejich obsahu by mohla být popřena jejich funkce.*“⁴²³

Zákonodárce rovněž nepřistoupil v rámci rekodifikace k bližšímu vymezení pojmu dobré mravy, či dokonce k definování jejich obsahu.⁴²⁴ Přesto část doktríny a judikatury nezastává takto radikální stanovisko, které říká, že dobré mravy definovat nelze. Nejvyšší soud mnohokrát zopakoval, že pod tímto pojmem je třeba rozumět „*souhrn společenských, kulturních a mravních norem, jež v historickém vývoji osvědčují jistou neměnnost, vystihující podstatné historické tendence jsou sdíleny rozhodující částí společnosti, a mají povahu norem základních.*“⁴²⁵ Telec oproti tomu nepojímá dobré mravy jako „*souhrn norem*“, nýbrž spíše jako „*způsob chování*“.⁴²⁶ Skutečnost, že cesta definic je trnitá, dokládá fakt, že zatímco např. Nejvyšší soud považuje za podstatný znak dobrých mravů „*jistou neměnnost*“, jiní naopak zdůrazňují jejich dynamičnost, elasticitu a schopnost korekce⁴²⁷; zatímco někdo považuje za esenci dobrých mravů mínění společnosti (ve smyslu legitimizace tvrzení, že konkrétní mrav je možné považovat za dobrý), jiní toto pojetí ostře kritizují.⁴²⁸

Za zdařilý pokus o uchopení dobrých mravů, který – na rozdíl od NS podtrhuje jejich dynamičnost – lze považovat vymezení Salače: *[d]obré mravy představují mimoprávní hodnoty společné určité společnosti na určitém stupni jejího vývoje – chápáné jako nezpochybnitelné minimum slušnosti všech spravedlivě uvažujících jedinců.*“ Citované vymezení zdůrazňuje fakt, že dobré mravy nejsou obecnou

⁴²¹ THÖNDEL, Alexandr. In: DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanské právo hmotné*, op. cit., str. 123.

⁴²² HURDÍK, Jan; LAVICKÝ, Petr. *Systém zásad...*, op. cit., str. 123.

⁴²³ LAVICKÝ, Petr. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I*, op. cit., str. 23.

⁴²⁴ A je to v pořádku, neboť toto není jeho úkolem. V obecné rovině je to úkolem právní vědy a taktéž judikatury, zejména pro konkrétní případy.

⁴²⁵ Za mnohé viz rozsudek NS ze dne 29. 5. 1997, sp. zn. 2 Cdon 473/96. Slovo „mnohokrát“ je myšleno doslovně, neboť tuto definici najdeme ve více než 300 rozhodnutích NS (takto PETROV, Jan. In: PETROV, Jan; VÝTISK, Michal; BERAN, Vladimír a kol. *Občanský zákoník. Komentář*, op. cit., str. 8, marg. č. 47).

⁴²⁶ TELEC, Ivo. Poctivost a důvěra, dobrá víra, dobré mravy, veřejná morálka a veřejný pořádek. *Právní rozhledy*, 2011, roč. 19, č. 1, str. 4. Telec píše, že „*dobré mravy lze pojímat jako způsoby chování bez újmy jinému člověku, zvířeti nebo přírodě, obecně uznávané rozhodnou částí společnosti, s nimiž právní řád spojuje právní následky.*“

⁴²⁷ BUBELOVÁ, Kamila. Dobré mravy v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Právní fórum*, 2010, roč. 7, č. 1, str. 2.

⁴²⁸ Např. GRUS, Zdeněk. Dobré mravy ve světle publikované literatury. *Právní rozhledy*, 2004, č. 3, str. 114.

hodnotou lidství, ale naopak jsou vždy spojené s konkrétní, ohraničenou společností v konkrétním čase. Je příhodný poukaz i na skutečnost, že standardem nejsou vznešené, nejvyšší etické a morální kvality „nejlepších z nás“ (které právo pochopitelně vyžadovat nemůže), ale *minimum* slušnosti.⁴²⁹

Snad se lze tedy shodnout na tom, že dobré mravy mají určitý etický rozměr a že v nejobecnější rovině s nimi můžeme spojovat pojmy jako pravidla slušnosti, morální zásady, čestnost, důvěra, spravedlnost, úcta, důstojnost atd. Chce-li se čtenář držet více při zemi, ať si představí jednoduše tento pojem z hlediska teoretického jako mínění či chování souhrnu slušných lidí (pochopitelně již nebudeme rozebírat otázku, jak poznáme „slušného“ člověka a jaký má mít „slušný“ člověk světonázor) a jako korekci přílišné tvrdosti⁴³⁰ litery zákona z hlediska praktického.

I tento popis však může být pořád pro leckoho příliš abstraktní a neuchopitelný. Zkusme se tedy přiblížit praxi, opustit pozitivní vymezení a uvést několik příkladů toho, „co“ bylo soudy shledáno s dobrými mravy v rozporu.⁴³¹ V rozporu s dobrými mravy tak podle judikatury může být v konkrétní situaci jak obsah právního jednání, typicky např. ujednání nepřiměřeně vysoké smluvní pokuty⁴³², tak souhrn okolností, za nichž k nějakému právnímu jednání došlo⁴³³, stejně tak i výkon procesního práva (např. uplatnění námitky promlčení⁴³⁴). Výrazným znakem rozsáhlé judikatury k pojmu dobré mravy je důraz na posouzení každého případu individuálně a důsledné zkoumání všech jednotlivých okolností. Tento akcent použitelnost judikatury ve vztahu k poznání kogentních norem značně omezuje.

Z výše uvedeného je nicméně patrné, že dobré mravy, jako určitý soukromoprávní „morální“ korektiv, mají velmi široký záběr a použitelnost, přičemž toto dokládá nejen judikatura, ale i pozitivní právo. Letmý pohled do občanského

⁴²⁹ SALAČ, Jaroslav. *Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu: obsahové meze platnosti právních úkonů (smluv) z hlediska rozporu se zákonem, dobrými mravy a veřejným pořádkem*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2004, str. 220.

⁴³⁰ Srov. BUBELOVÁ, Kamila. *Dobré mravy...*, op. cit., str. 1.

⁴³¹ Je vhodné dodat, že „dobromravní“ judikatura je mimořádně rozsáhlá. Dále uvedené příklady je třeba pojímat nanejvýš jako kapku v moři, pouze pro ilustraci. I dobré mravy jako teoretický pojem jsou pod drobnohledem doktríny již dlouho dobu. Blíže viz články autorů citovaných výše a odborná literatura, na kterou tito autoři odkazují. K tomu srov. obsáhlou analýzu dobrých mravů v komparativním pohledu Salače (SALAČ, Jaroslav. *Rozpor s dobrými mravy...*, op. cit.).

⁴³² Za mnohé usnesení NS ze dne 22. 6. 2006, sp. zn. 33 Odo 447/2005 a rozhodnutí NS v něm citované.

⁴³³ Například viz rozsudek NS ze dne 21. 8. 2000, sp. zn. 22 Cdo 871/2000.

⁴³⁴ Například viz nálezy ÚS ze dne 6. 9. 2005, sp. zn. I. ÚS 643/04.

zákoníku toto potvrdí: dobré mravy mohou být limitem platnosti právního jednání (§ 580 odst. 1, § 588 OZ), interpretačním a aplikačním korektivem (§ 2 odst. 3 OZ), interpretačním vodítkem (např. § 691 odst. 2 OZ), podmínkou aplikace normy (např. § 2072 odst. 1 OZ), právním důvodem vzniku práva na náhradu škody (§ 2909 OZ) atd.

3.2. Veřejný pořádek „vnitřní“ (*ordre public interne*) – obecné vymezení

Pojem veřejný pořádek nalezneme v pestré paletě veřejnoprávních předpisů Listinou⁴³⁵ počínaje, přes zákony z oblasti trestního práva⁴³⁶ či správního trestání⁴³⁷ a vyhláškami ministerstev⁴³⁸ nebo vyhláškami územně samosprávných celků konče. Proto byl až do přijetí platného občanského zákoníku veřejný pořádek pojmem primárně spojeným s právem veřejným.

Tento pojem je však značně širší. Veřejný pořádek je totiž pojmem mnohovýznamovým, přesněji řečeno můžeme jej zkoumat a sledovat na mnoha úrovních: můžeme hovořit, kromě zmíněného ústavního a správního veřejného pořádku, také o veřejném pořádku v mezinárodním právu soukromém a procesním, stejně jako o unijním veřejném pořádku.⁴³⁹ Všemi jeho rovinami se tato práce nemá ambici zabývat; její autor se zaměří na veřejný pořádek v soukromém právu, označovaný francouzskou naukou jako tzv. „vnitřní“ veřejný pořádek (*ordre public interne*). Takto jej francouzská nauka odlišuje právě od zmíněného veřejného pořádku mezinárodního.⁴⁴⁰

V soukromoprávním pojetí je veřejný pořádek neurčitým právním pojmem *par excellence*, neboť marně budeme hledat jakoukoliv jednotu v otázkách, co je obsahem veřejného pořádku a s čím vším se pojí, a to jak v mezinárodním srovnání, tak i uvnitř

⁴³⁵ Blíže viz čl. 12 odst. 3, čl. 14 odst. 3, čl. 16 odst. 4, čl. 19 odst. 2, čl. 20 odst. 3 a čl. 27 odst. 3 Listiny.

⁴³⁶ Například obecnou přitěžující okolností dle § 43 písm. j) zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku, je, pokud pachatel spáchá trestný čin za trvání události ohrožující *veřejný pořádek*. Řada jiných ustanovení trestního zákoníku tento pojem používá; srov. např. Hlava X, § 323 a násl. – „Trestné činy proti pořádku ve věcech veřejných“.

⁴³⁷ Viz např. § 5 zák. č. 251/2016 Sb., o některých přestupcích.

⁴³⁸ Viz např. příloha č. 1 k vyhlášce č. 328/2001 Sb.

⁴³⁹ K tomu podrobněji srov. analýzu Tichého (TICHÝ, Luboš. Veřejný pořádek jako tzv. obecná klauzule v soukromém právu z hlediska evropského kontextu. *Acta Universitatis Carolinae – Iuridica*, 2015, č. 3, str. 78-108).

⁴⁴⁰ TICHÝ, Luboš. *Obecná část...*, op. cit., str. 75, marg. č. 204.

jednotlivých národních doktrín.⁴⁴¹ Pokusy o jeho vymezení v kontextu nové právní úpravy jsou taktéž zpravidla velmi obecné; poukažme třeba na důvodovou zprávu⁴⁴², podle které veřejný pořádek „*prostupuje celé právo a zahrnuje pravidla, na nichž leží právní základy společenského řádu zdejší společnosti*“ nebo vymezení jiných autorů, kteří vnímají veřejný pořádek jako „*právnímu řádu vlastní hodnotové a řídicí principy, bez nichž nemůže fungovat demokratická společnost.*“⁴⁴³

Účinný občanský zákoník je prvním civilním kodexem na našem území, kde zákonodárce pracuje s veřejným pořádkem jako s obecnou generální klausulí zásadního významu.⁴⁴⁴ Stejně jako u kritéria dobrých mravů, vodítko k identifikaci kogentní normy není jedinou funkcí veřejného pořádku v účinném občanském zákoníku. Občanský zákoník nejčastěji používá termín veřejný pořádek v negativním smyslu, tj. rozpor s veřejným pořádkem, event. kvalifikovaný rozpor,⁴⁴⁵ má určité nepříznivé následky (srov. např. § 139, § 172 odst. 1 písm. a), § 588, § 1551 odst. 2 OZ). Může mít však i pozitivní působení: veřejný pořádek spolu se zájmem dítěte může vyžadovat, aby soud rozhodl o prominutí popěrné lhůty pro podání návrhu na popření otcovství (§ 792 OZ).

Přesto pozitivní právo nenabízí směrodatné vodítko pro přiblížení obsahu tohoto pojmu v jeho soukromoprávní, „vnitřní“ dimenzi. Jelikož se jedná o pojem v občanském zákoníku nový, jeho možné obsahové vymezení je nutné hledat spíše v zahraničí, přičemž v tom směru má nepochybně největší relevanci francouzská doktrína, ze které veřejný pořádek vychází.

Francouzský *Code civil* v čl. 6 stanoví, že „*[s]mlouva se nesmí odchýlit od zákonů týkajících se veřejného pořádku a dobrých mravů.*“⁴⁴⁶ Veřejný pořádek má tedy souvislost s rozlišováním kogentních a dispozitivních právních předpisů. Pojem veřejného pořádku je nicméně taktéž zmíněn i v jiných člancích *Code civil*, z nichž nejdůležitější je čl. 1133, který zakazuje smlouvy, jejichž kauza by byla v rozporu se zákonem, dobrými mravy a veřejným pořádkem. Francouzská doktrína zkoumá veřejný pořádek

⁴⁴¹ O „mlhavosti“ obsahu tohoto pojmu srov. též LAVICKÝ, Petr. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I*, op. cit., str. 25-26.

⁴⁴² Důvodová zpráva, str. 32.

⁴⁴³ BEZOUŠKA, Petr; PIECHOWICZOVÁ, Lucie. *Nový občanský zákoník*, op. cit., str. 12.

⁴⁴⁴ O genezi institutu veřejného pořádku v § 1 odst. 2 OZ podrobně viz MELZER, Filip; TÉGL, Petr a kol. *Občanský zákoník - velký komentář. Svazek I*, op. cit., str. 60, marg. č. 158-159.

⁴⁴⁵ Viz spojení „*závažným způsobem narušuje veřejný pořádek*“ (§ 172 odst. 1 písm. a) OZ) nebo „*odporuje zákonu a zjevně narušuje veřejný pořádek*“ (§ 588 OZ) atd.

⁴⁴⁶ TICHÝ, Luboš. *Veřejný pořádek...*, op. cit., str. 94.

právě (a především) z pohledu dovolnosti kauzy smlouvy; je-li kauza smlouvy v rozporu s veřejným pořádkem, je smlouva neplatná.⁴⁴⁷

Z obsahového hlediska zahrnuje vnitřní veřejný pořádek celou škálu různých skutkových podstat vyjadřujících zakázanou kauzu smlouvy. Francouzská doktrína rozlišuje zejména dva druhy veřejného pořádku:

- veřejný pořádek politický (*ordre public politique*); do této skupiny patří – obecně řečeno – „*normy pro existenci společensko-právního společenství nezadatelné a nepostradatelné*“, přičemž řadí se do této kategorie normy chránící jak jednotlivce, rodinné společenství tak i fungování veřejné správy (a státu obecně) jako celku;⁴⁴⁸
- veřejný pořádek ekonomický (*ordre public économique*); zde naopak zařadíme zejména právní předpisy týkající se ochrany určitých kategorií osob v hospodářském styku slabších (např. ochrana spotřebitelů, nájemců, zaměstnanců apod.)⁴⁴⁹, ale rovněž normy národohospodářského významu (např. zákaz dominantního postavení).⁴⁵⁰

Jak bylo ukázáno výše, francouzské pojetí veřejného pořádku je velmi široké, což má dvě hlavní příčiny. První z nich souvisí s výrazným upozaděním významu kritéria dobrých mravů; dobré mravy hrají vedle veřejného pořádku pouze doplňkovou úlohu, např. v otázkách sexuální morálky.⁴⁵¹ Druhou neméně významnou příčinou je

⁴⁴⁷ Srov. SALAČ, Jaroslav. *Rozpor s dobrými mravy...*, op. cit., str. 160, marg. č. 195. K tomu srov. také výklad Tichého o vývoji vztahu čl. 6 a čl. 1133 *Code Civil* (TICHÝ, Luboš. *Veřejný pořádek...*, op. cit., str. 96-97). Ve stručnosti lze uvést, že v 19. století byl veřejný pořádek ztotožňován s kogentními předpisy, přičemž toto pojetí odpovídalo dobovému akcentu na zásadu „co není zakázáno, je dovoleno“. Toto pojetí již dnes neplatí a veřejný pořádek je ve francouzském soukromém právu pojímán značně širěji (srov. níže).

⁴⁴⁸ Takto SALAČ, Jaroslav. *Rozpor s dobrými mravy...*, op. cit., str. 162, marg. č. 198. Salač poukazuje na mnoho příkladů smluv se zakázanou kauzou s ohledem na politický veřejný pořádek; jedná se typicky o smlouvy korupčního charakteru ve vztahu k veřejné správě (např. koupě voličských hlasů), dále také smlouvy vztahující se k rodinným záležitostem (např. smlouvy o separaci, smlouvy svým obsahem odporující zákonným ustanovení o právech a povinnostech manželů apod.) nebo i smlouvy porušující osobnostní práva (např. smlouvy o adopci).

⁴⁴⁹ Označován též jako *ordre public de protection* (ibid., str. 163, marg. č. 201).

⁴⁵⁰ Označovány též jako *ordre public de direction* – řídící normy (ibid.).

⁴⁵¹ Blíže viz SALAČ, Jaroslav. *Rozpor s dobrými mravy...*, op. cit., str. 164, marg. č. 202 a násl.

tradiční francouzský intervencionismus, který se promítá výraznou právní regulací mnoha aspektů hospodářského života.⁴⁵²

Ve francouzském pojetí veřejného pořádku můžeme hledat určité styčné plochy a inspirace pro vymezení a chápání tohoto pojmu v tuzemsku.

Předně je ve francouzské doktríně veřejný pořádek chápán jako kritérium kogentnosti norem. Pokud nějaká norma slouží veřejnému pořádku, a tudíž i veřejnému zájmu, je ji třeba považovat za kogentní.⁴⁵³

Druhou inspiraci je možné hledat v rozsahu aplikace kritéria veřejného pořádku. Výše bylo pojednáno o obsahovém členění vnitřního veřejného pořádku (*ordre public politique* vs. *ordre public economique*). Kromě toho francouzská doktrína člení veřejný pořádek i z hlediska formálního, a to na tzv. *ordre public textuel*, který zahrnuje kogentní předpisy zákona vyjadřující kritérium veřejného pořádku, a tzv. *ordre public virtuel*, tedy jakýsi „virtuální“ veřejný pořádek. *Ordre public virtuel* byl „dotvořen“ judikaturou; zahrnuje kauzu či předmět smlouvy rozporný s veřejným pořádkem, nikoliv však v rozporu s určitým konkrétním zákonným kogentním předpisem.⁴⁵⁴ I v tomto směru by francouzské pojetí veřejného pořádku mohlo být pro českou doktrínu a judikaturu inspirativní.

Objevují se nicméně názory – zřejmě vycházející z dikce ustanovení § 1 odst. 2 ve spojení s ustanovením § 580, resp. § 588 OZ – že kritérium veřejného pořádku v účinném českém občanském zákoníku lze použít pouze ve spojení s jinou kogentní normou, jejíž kogentnost veřejný pořádek odůvodňuje.⁴⁵⁵ Takové chápání by

⁴⁵² OLECHOWSKI, Marcin. Porządek publiczny jako ograniczenie swobody umów. *Państwo i Prawo*, 1999, č. 4, str. 63. Olechowski podává ilustrativní příklad zvětšování se významu veřejného pořádku ve francouzském soukromém právu na úkor dobrých mravů. Původně např. smlouvy týkající se nevěstinců (smlouvy se zaměstnanci, smlouvy o nájmu prostor apod.) byly francouzskými soudy uznávány za neplatné pro rozpor s dobrými mravy, nicméně v roce 1946 byl přijat zákon, který zakazoval provozování nevěstinců. Tyto smlouvy jsou i nadále považovány za neplatné, avšak nyní pro rozpor s veřejným pořádkem.

⁴⁵³ Ibidem, str. 66.

⁴⁵⁴ Srov. SALAČ, Jaroslav. *Rozpor s dobrými mravy...*, op. cit., str. 227, marg. č. 283. K pojetím *ordre public textuel* vs. *ordre public virtuel* srov. i výklad Olechovského, který odkazuje na příslušnou francouzskou judikaturu: mimo výslovný zákonný zákaz bylo např. shledáno, že smluvní ujednání, které zvětšuje závazek dlužníka v případě jeho úpadku, odporuje veřejnému pořádku s ohledem na princip rovného postavení věřitelů dlužníka (OLECHOWSKI, Marcin. *Porządek publiczny...*, op. cit., str. 65).

⁴⁵⁵ Takto PETROV, Jan. In: PETROV, Jan; VÝTISK, Michal; BERAN, Vladimír a kol. *Občanský zákoník. Komentář*, op. cit., str. 8, marg. č. 49. Na druhou stranu lze poukázat na Eliáše, který hovoří o rozporu právního jednání s veřejným pořádkem v souvislosti se soustavným vynucováním nepřiměřených obchodních podmínek, aniž by se zároveň mělo jednat o explicitně zakázanou

výrazně zúžilo prostor pro aplikaci kritéria veřejného pořádku (tj. veřejný pořádek ve smyslu francouzského *ordre public virtuel* by se v podstatě neuplatnil). Pro takové zúžení autor této práce nenachází dobré opodstatnění. Vycházíme-li z dikce ustanovení § 1 odst. 2 OZ, pak toto ustanovení (mj.) zakazuje ujednání v rozporu s veřejným pořádkem. Je-li nějaké ujednání zakázáno, pak je dle ustanovení § 580 odst. 1 OZ v rozporu se zákonem a můžeme (ne-li musíme) dovodit jeho neplatnost (srov. též § 588 OZ).⁴⁵⁶ Dle názoru autora této práce můžeme veřejný pořádek v kontextu nového občanského zákoníku používat nejen ve spojení s konkrétními kogentními normami, ale i mimo ně; jako obecný obsahový korektiv právního jednání.

Konečně styčným bodem všech pojetí veřejného pořádku ve francouzské doktríně je myšlenka, že veřejný pořádek chrání zájem celku (určité pospolitosti či společnosti) proti zájmu individuálnímu.⁴⁵⁷ Zkrátka „veřejný“ pořádek chrání zájem *veřejný*.⁴⁵⁸ Z tohoto pojetí rovněž lze vycházet i v kontextu účinného občanského zákoníku.

Francouzské pojetí veřejného pořádku může být tak pro českou civilistiku v mnohém inspirativní. Nelze však zapomínat, že východiska existence tohoto pojmu v *Code Civil* a českém civilním kodexu jsou jiná. Zatímco v *Code Civil* veřejný pořádek dlouhodobě plní nezastupitelnou funkci, do českého občanského práva „pronikl“ až s přijetím nového občanského zákoníku. České občanské právo doposud vycházelo z obsahového korektivu dobrých mravů, které – na rozdíl od pojetí v *Code civil* – mají velmi významnou úlohu i v platném občanském zákoníku. Proto je obsah pojmu veřejný pořádek třeba vymezit v kontrapozici (nikoliv však zcela dichotomicky) právě k dobrým mravům, aby nás tento nový pojem – jak se svého času obával Kubeš – příliš snadno nesvedl na scestí.⁴⁵⁹

činnost (spotřebitelským právem nebo dle úpravy hospodářské soutěže). Autor poukazuje přitom právě na francouzskou doktrínu *ordre public economique* (blíže ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 16, pozn. pod čarou č. 31).

⁴⁵⁶ Obdobně MELZER, Filip. In: MELZER, Filip; TĚGL, Petr a kol. *Občanský zákoník - velký komentář. Svazek III*, op. cit., str. 784, marg. č. 5.

⁴⁵⁷ Takto OLECHOWSKI, Marcin. *Porządek publiczny...*, op. cit., str. 66.

⁴⁵⁸ I když veřejný pořádek s veřejným zájmem nelze ztotožňovat. O vztahu těchto pojmů srov. MELZER, Filip; TĚGL, Petr a kol. *Občanský zákoník - velký komentář. Svazek I*, op. cit., str. 59, marg. č. 156 a násl.

⁴⁵⁹ KUBEŠ, Vladimír. *Smlouvy proti dobrým mravům*. Praha-Brno: Nakladatelství „Orbis“, 1933, str. 186.

3.3. Vztah dobrých mravů a veřejného pořádku

V obecné rovině lze konstatovat, že obdobné typy společensky nežádoucích jevů (smluv, totéž *mutatis mutandis* platí i o jednostranných právních jednáních) jsou v různých nám blízkých právních rodinách sankcionovány obdobně,⁴⁶⁰ ať už s ohledem na kritérium veřejného pořádku (zejména ve Francii) nebo na korektiv dobrých mravů (např. Německo, Rakousko; v Polsku s ohledem na *zasady współżycia społecznego*). Tato skutečnost vyplývá z podobného kulturního a společenského vývoje. Právní „nástroje“ (veřejný pořádek vs. dobré mravy) se však liší a různý je i jejich vzájemný vztah, v mnoha případech ne zcela vyjasněný.⁴⁶¹

Jejich relace proto záleží na konkrétním právním prostředí, které sledujeme. Někdy bývají dobré mravy označovány jako pojem nadřazený veřejnému pořádku (tj. že veřejný pořádek je podmnožinou dobrých mravů⁴⁶²), někdy zcela opačně⁴⁶³, a jindy zase mohou být oba pojmy vnímány v jedné rovině, takřikajíc „vedle sebe“, s větší nebo menší mírou překrytí.

Základním východiskem pro vztah dobrých mravů a veřejného pořádku v účinném občanském zákoníku by mělo být, že tyto pojmy nejsou ekvivalentní a nejsou ani podmnožinou jeden druhého. Takové chápání vyčteme z důvodové zprávy,⁴⁶⁴ stejně jako toto dovodíme i z pozitivního práva (srov. dikci § 1 odst. 2 OZ a § 588 OZ).⁴⁶⁵ Překrytí těchto pojmů by nemělo být nijak zásadní⁴⁶⁶ – čím ostřejší hranice bude mezi dobrými mravy a veřejným pořádkem vyznačena, tím přesnější může být i jejich vymezení. Bude-li naopak judikatura oba pojmy směšovat, přínos uzákonění veřejného pořádku „vedle“ dobře známých dobrých mravů bude minimální.

Je vhodné tudíž jejich relaci vidět v určité kontrapozici, tj. že oba tyto neurčité právní pojmy primárně zasahují jiné oblasti. V tomto směru poukažme na postřeh Salače, který rozdíl mezi těmito pojmy vidí v tom, že „[z]atímco pojem dobrých mravů míří na vzájemný vztah osob soukromého práva, pojem veřejného pořádku sleduje zachování stěžejních základů právního řádu v demokratické společnosti, na kterých je

⁴⁶⁰ Srov. SALAČ, Jaroslav. *Rozpor s dobrými mravy...*, op. cit., str. 227-228, marg. č. 284.

⁴⁶¹ TICHÝ, Luboš. *Veřejný pořádek...*, op. cit., str. 103.

⁴⁶² Srov. TICHÝ, Luboš. *Obecná část...*, op. cit., str. 75-76, marg. č. 204-205.

⁴⁶³ Srov. TICHÝ, Luboš. *Veřejný pořádek...*, op. cit., str. 108 a lit. tam citovaná.

⁴⁶⁴ Důvodová zpráva, str. 32 a násl.

⁴⁶⁵ Srov. též výklad Melzera o širším a užším pojetí veřejného pořádku (MELZER, Filip. *Dispozitivní...*, op. cit., str. 257-258).

⁴⁶⁶ Obdobně TICHÝ, Luboš. *Veřejný pořádek...*, op. cit., str. 108.

*třeba bezvýhradně trvat[...].*⁴⁶⁷ V určitém smyslu tedy dobré mravy „fungují“ *inter partes*, zatímco veřejný pořádek *erga omnes*.

Melzer zase kontrapozici dobrých mravů a veřejného pořádku vnímá tak, že pravidla související s veřejným pořádkem mají původ v právním řádu jako takovém, zatímco „dobré mravy vyplývají z panujících etických představ příslušné společnosti.“⁴⁶⁸ Obrazně řečeno, dobré mravy stojí vně právního řádu, zatímco veřejný pořádek uvnitř.⁴⁶⁹ Melzer připouští, že se obě kategorie do určité míry mohou překrývat, nicméně nikoliv vždy, neboť veřejný pořádek zahrnuje i mravně indiferentní pravidla,⁴⁷⁰ podle některých dokonce i pravidla mravně pochybná.⁴⁷¹

Je tedy vhodné vycházet z pojetí, že veřejný pořádek bude směřovat k ochraně celku, ochraně „všech“, ochraně systému jako takového, nosných konstrukčních základů demokratické společnosti. Lze tak souhlasit s názorem, že východiskem pro obsah veřejného pořádku může být Ústava a Listina a v nich obsažené základní hodnoty a principy práva. Odlišení od dobrých mravů by mělo být zejména v tom, že veřejný pořádek nezahrnuje etickou či morální rovinu.⁴⁷²

V dalších kapitolách bude o obsahu dobrých mravů, resp. veřejného pořádku pojednáno v souvislosti s identifikací kogentních norem.

3.4. Kogentní normy odůvodněné dobrými mravy – aplikační okruhy

Máme-li nově pracovat s dobrými mravy (mj.) jako s kritériem kogentnosti, musíme tento pojem zúžit, resp. omezit naše zkoumání pouze na sejetí dobrých mravů s konkrétní normou. Pozornost je proto potřeba soustředit přímo na normu jako takovou; je třeba zkoumat, zda v dané normě je hledisko dobrých mravů obsažené natolik, že bychom každou sebemenší odchylku museli považovat za rozpornou s korektivem dobrými mravů.

⁴⁶⁷ SALAČ, Josef. In: DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanské právo hmotné*, op. cit., str. 125.

⁴⁶⁸ MELZER, Filip. *Dispozitivní...*, op. cit., str. 258.

⁴⁶⁹ Srov. BEZOUŠKA, Petr; PIECHOWICZOVÁ, Lucie. *Nový občanský zákoník*, op. cit., str. 12.

⁴⁷⁰ MELZER, Filip. *Dispozitivní...*, op. cit., str. 258.

⁴⁷¹ ELIÁŠ, Karel a kol. *Občanské právo pro každého*, op. cit., str. 27. Jako příklad je podáno pravidlo o založení domněnky otcovství i v případě, že manžel je neplodný.

⁴⁷² Srov. TICHÝ, Luboš. *Veřejný pořádek...*, op. cit., str. 108.

Z výše uvedeného vyplývá, že je vhodné rozlišit subjektivní a objektivní působení dobrých mravů. „Subjektivní“ působení tohoto korektivu se použije mimo souvislost s kogentností norem. Při posuzování, zda určité jednání je, či není v rozporu s dobrými mravy (§ 580 OZ), přihlídneme tudíž ke konkrétním okolnostem případu, tj. budeme zkoumat právní vztah individuálně, *ad hoc*. „Objektivní“ působení je rozdílné, jelikož nezkoumáme konkrétní právní vztah, nýbrž abstraktně analyzujeme konkrétní normu. V tomto případě dobré mravy musí být normě vlastní, musí je obsahovat buďto výslovně, nebo alespoň implicitně a imanentně, anebo norma musí konstituovat takové uspořádání práv a povinností, které je z hlediska dobrých mravů jediné možné.⁴⁷³ Pak můžeme hovořit o kogentní normě odůvodněné hlediskem dobrých mravů.

3.4.1. Normy obsahující termín „dobré mravy“ výslovně

Jedná se tak o jakési „hledání“ dobrých mravů v konkrétní normě, což nebude nijak zvlášť složité, pokud ustanovení výraz „dobré mravy“ přímo obsahuje.⁴⁷⁴ Takových ustanovení mnoho nenajdeme; ve skutečnosti se jedná pouze o patnáct ustanovení občanského zákoníku.⁴⁷⁵ Soulad s dobrými mravy je např. *condicio sine qua non* osvojení zletilého (§ 846 OZ), přičemž nepochybně ani souhlasná vůle osvojence, osvojitele nebo i všech jejich osob blízkých tuto podmínku nemůže ovlivnit (vyloučit). Dalším nepříliš záludným příkladem je ustanovení § 2072 OZ, jež umožňuje dárce odvolat dar pro nevďek obdarovaného, pokud tento ublížil dárce úmyslně nebo z hrubé nedbalosti tak, že zjevně porušil dobré mravy. Kogentnost tohoto pravidla navíc opodstatňuje – a v určitém směru i modifikuje – ustanovení § 2076 OZ.

⁴⁷³ Viz zejména kap. 2.3.2.3. Dále srov. MELZER, Filip; TÉGL, Petr a kol. *Občanský zákoník - velký komentář. Svazek I*, op. cit., str. 58, marg. č. 149.

⁴⁷⁴ Takto Eliáš vymezil první skupinu kogentních norem odůvodněných hlediskem dobrých mravů právě pro výslovné zakotvení „dobrých mravů“ v příslušném ustanovení (ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 18). Obecně k celé kap. 3.4. srov. kapitolu s názvem „Dobré mravy jako kritérium kogentního práva soukromého“ Eliášova pojednání (ibid.).

⁴⁷⁵ Spojení „dobré mravy“ a jeho slovní varianty obsahuje § 1 odst. 2, § 2 odst. 3, § 19 odst. 1, § 245, § 545, § 547, § 580 odst. 1, § 588, § 691 odst. 2, § 846, § 2072, § 2331, § 2909, § 2976 a § 3001 OZ.

Eliáš má za to, že všechna ustanovení, která se přímo dovolávají dobrých mravů, jsou kogentní.⁴⁷⁶ Otázkou je, zda tato téze musí nutně platit vždy, přičemž vhodný příklad k bližšímu rozboru v tomto směru skýtá ustanovení § 2331 OZ.

Ustanovení § 2331 OZ zní: „[u]bytovatel může před uplynutím ujednané doby smlouvu vypovědět bez výpovědní doby, porušuje-li ubytovaný i přes výstrahu hrubě své povinnosti ze smlouvy, anebo dobré mravy.“ „Přítomnost“ dobrých mravů je v tomto případě neoddiskutovatelná.⁴⁷⁷ Přesto by zřejmě neobstál závěr o kogentnosti ustanovení jako celku, tj. že jej nelze jakkoliv smluvně modifikovat. Nenašli bychom totiž mnoho argumentů pro tvrzení, že je nutno zakázat smluvním stranám si ujednat oprávnění ubytovatele vypovědět smlouvu kdykoliv nebo oprávnění ubytovatele vypovědět smlouvu i v případě jakéhokoliv porušení smluvní povinnosti ubytovaným, byť ne „hrubého“. Stejně tak zřejmě lze smluvně upustit od zákonného požadavku „výstrahy“ před podáním výpovědi apod. Dobré mravy však mají být kritériem kogentnosti. Proto by bylo možné uvažovat o částečné kogentnosti, a to minimálně v té části ustanovení, která dává ubytovateli možnost kdykoliv smlouvu vypovědět bez výpovědní doby, porušuje-li ubytovaný i přes výstrahu dobré mravy. Jinak řečeno ujednání, že ubytovaný může bez sankce porušovat dobré mravy, bude na první pohled s dobrými mravy v rozporu.

Výše uvedené interpretaci by však mohl být vytknut přílišný formalismus. Komentované právní pravidlo můžeme pojímat také jako typicky subsidiární ustanovení, a to právě pro případ, že si strany neupraví tuto otázku jinak, včetně eventuálního smluvního vyloučení možnosti ubytovatele vypovědět smlouvu pro jednání ubytovaného v rozporu s dobrými mravy. Nabízí se totiž otázka, jaký „veřejný zájem“ ospravedlňuje autoritativní zásah státu do soukromého vztahu ubytovatele a ubytovaného a jaký legitimní cíl by zákon sledoval odepřením možnosti ujednat si, že se ubytovaný zkrátka může chovat – lidově řečeno – „jak chce“, pokud je s tím ubytovatel srozuměn a souhlasí s tím.⁴⁷⁸ Zdá se, že takový nenajdeme; navíc se

⁴⁷⁶ ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 18.

⁴⁷⁷ Eliášův názor o kogentnosti tohoto ustanovení zdá se sdílí i Petrov (PETROV, Jan. In: PETROV, Jan; VÝTISK, Michal; BERAN, Vladimír a kol. *Občanský zákoník. Komentář*, op. cit., str. 8, marg. č. 45).

⁴⁷⁸ Pro ilustraci si lze představit smlouvu o ubytování v odlehlém penzionu, kdy by přechodný nájem byl sjednán za účelem uspořádání velkolepé dvoutýdenní svatební hostiny ve stylu římských saturnálií. V takovém případě by skutečně mohlo hrozit, že „dobré mravy“ – chápané jako minimum slušnosti – budou překročeny. Samozřejmě existují i jiné scénáře (bližší každodenní realitě), kde by strany mohly mít zájem na vyloučení § 2331 OZ.

ubytovatel může před nepříznivými následky takového jednání ubytovaného smluvně chránit.⁴⁷⁹ Jinak řečeno, je-li ubytovateli lhostejno, zda se ubytovaný chová v souladu, nebo v rozporu s dobrými mravy, není, zdá se, důvod, aby se moderní liberální stát do tohoto vztahu vměšoval. Autor této práce by se proto přiklonil k závěru o dispozitivní povaze komentovaného ustanovení, a to i přes výslovný odkaz na „dobré mravy“.⁴⁸⁰

S korektivem dobrých mravů při zkoumání právní povahy normy bychom neměli pracovat mechanicky, ale vždy zkoumat, zda omezení autonomie vůle je v daném kontextu nutností. Není-li legitimní důvod omezovat autonomii vůle nebo jsou-li dány pochybnosti o povaze normy, je nutné – zejména v oblasti závazkového práva – dát přednost dispozitivní úpravě (blíže viz kap. 1.4.).

3.4.2. Normy s explicitním mravnostním či spravedlnostním obsahem

V občanském zákoníku najdeme rovněž mnoho ustanovení, která obsahují výrazný mravní akcent, ačkoliv pojem „dobré mravy“ v nich výslovně ani nemusí být vyjádřen.⁴⁸¹ Vhodným příkladem takové normy je ustanovení § 111 odst. 1 OZ, které mimo jiné zakazuje naložit s odňatou částí lidského těla způsobem pro člověka nedůstojným. I výslovné přání dotčeného člověka, aby s částmi jeho těla bylo nakládáno nedůstojně, je samozřejmě právně zcela irelevantní. Nepřekvapí ani skutečnost, že u řady norem s etickým či mravnostním přesahem budeme sledovat výrazné překrytí dobrých mravů s kategorií veřejného pořádku, což je patrné na příkladu mnoha norem práva rodinného, např. ustanovení § 751 OZ o domácím násilí⁴⁸² (a koneckonců i na výše uvedeném § 111 odst. 1 OZ). U takových norem nebude dovození jejich donucujícího charakteru činit větší obtíže. Nikoliv však u všech norem, jež vyznačují určitým „mravním akcentem“, bude posouzení jejich právní povahy takto triviální. Uvedme dva příklady.

Ustanovení § 2709 OZ zakotvuje povinnost osobě zavázané z výměnku přispět výměnkáři pomocnými úkony v případě, že se výměnkář ocitne v určité mimořádné

⁴⁷⁹ Ubytovateli si za účelem eventuální náhrady vzniklé škody může ve smlouvě vymínit tučnou kauci nebo naopak si porušení povinnosti (včetně dobrých mravů) může ošetřit vysokou smluvní pokutou apod.

⁴⁸⁰ Hulmák je taktéž názoru, že komentované ustanovení je dispozitivní povahy. Blíže viz HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI*, op. cit., str. 552.

⁴⁸¹ Obdobně ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 18-19. Eliáš jako příklad uvádí § 6, § 8, § 1801, § 687, § 691, § 865 a § 751 OZ.

⁴⁸² Ibidem.

situaci (slovy zákona „v nouzi“, přičemž demonstrativně ustanovení vyjmenovává nemoc či úraz). Selucká v tomto kontextu hovoří o morální povinnosti i obecné slušnosti chování člověka k člověku, kterou se zákonodárce rozhodl uzákonit.⁴⁸³ Důvodová zpráva tuto povinnost pojímá přímo jako konkretizaci dobrých mravů.⁴⁸⁴ Na základě výše prezentovaných úvah bychom měli dospět bez dalšího k závěru, že smluvně vyloučit tuto povinnost, tj. vyloučit povinnost vyplývající z dobrých mravů, by mělo být s dobrými mravy v rozporu. Takto bychom dovodili donucující charakter ustanovení § 2709 OZ. Doktrína přesto pojímá toto ustanovení jako dispozitivní.⁴⁸⁵

Na judikurní vyřešení rovněž čeká otázka právní povahy úpravy předsmluvní odpovědnosti (§ 1728 a § 1729 OZ), která má nepochybně určitý mravní přesah, protože klade důraz na poctivost právního jednání. Zjednodušeně řečeno, základem této úpravy je myšlenka, že vede-li někdo jednání o smlouvě, aniž by měl v úmyslu tuto smlouvu uzavřít (tj. má zřejmě postranní úmysly), jedná nepoctivě. Takové „nepoctivé“ jednání je sankcionováno v podobě povinnosti k náhradě škody, která druhé straně v této souvislosti vznikne. Obchodníci se zcela logicky ptají, zda lze předsmluvní odpovědnost vyloučit, eventuálně kreativním „disclaimerem“ obejít.⁴⁸⁶ Doktrína odpovídá různě⁴⁸⁷, můžeme však vysledovat spíše příklon na stranu kogentnosti této úpravy.⁴⁸⁸ Jelikož by právo nemělo poskytovat právní ochranu nepoctivému právnímu jednání (srov. § 6 OZ), vyloučení povinnosti jednat poctivě, tzn. vyloučení zákonné sankce za „nepoctivé jednání“, je dle názoru autora této práce v rozporu s dobrými mravy. Promítnutí maximy dobrých mravů ve spojení s akcentem na poctivost právního jednání tak poskytuje argument na podporu závěru o kogentnosti úpravy předsmluvní odpovědnosti, s jistotou to však zatím nevíme.

⁴⁸³ SELUCKÁ, Markéta. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI*, op. cit., str. 1237.

⁴⁸⁴ Důvodová zpráva, str. 534.

⁴⁸⁵ Takto SVOBODA, Karel. *Závazky...*, op. cit., str. 149. Také ELISCHER, David. Výměnek jako pojmenovaná smlouva v novém občanském zákoníku. *Jurisprudence*, 2014, roč. 23, č. 5, str. 22.

⁴⁸⁶ Blíže k „disclaimerům“ např. HORÁČEK, Tomáš. Jak správně uzavírat smlouvy - I. Příspěvek publikovaný dne 21. ledna 2016 [online]. Dostupný z WWW:

<https://www.pravniprostor.cz/clanky/rekodifikace/jak-spravne-uzavirat-smlouvy>

⁴⁸⁷ K tomu srov. ONDREJOVÁ, Dana. *Průvodce uzavíráním smluv*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2017, str. 71-72.

⁴⁸⁸ Srov. HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V*, op. cit., str. 46. Nicméně Hulmák dospívá k závěru o kogentnosti této úpravy s ohledem na kritérium veřejného pořádku, nikoliv dobrých mravů.

3.4.3. Kogentní normy implicitně obsahující dobré mravy

Kritérium dobrých mravů může také odůvodňovat kogentnost norem, které samy o sobě mravnostním charakterem nevyzařují *prima facie*, nicméně jakákoliv jejich smluvní modifikace není přípustná, neboť by zapříčinila situaci s dobrými mravy v rozporu. Určení kogentního charakteru takových norem bude zřejmě nejnáročnější, navíc bude často polemizováno se závěrem o skutečné právní povaze toho kterého ustanovení. O to obtížnější je tento úkol v oblasti závazkového práva, které je primárně vedeno zásadou smluvní svobody (mimo případy zpravidla explicitní ochrany slabší strany).

Přesto o jednom společném motivu pro závazkové vztahy bychom mohli uvažovat. Teorie dělí smlouvy na synallagmatické a asynallagmatické. Většina smluv má charakter *quid pro quo*, tedy jejich podstatou je vzájemnost plnění stran smlouvy (tyto jsou v teorii označovány jako synallagmatické).⁴⁸⁹ Naopak právě právní úprava smluv asynallagmatických, kdy je vztah z povahy věci „neharmonický“, tj. nezakládá vzájemnou povinnost plnění, otevírá prostor úvahám o použití korektivu dobrých mravů jako kritéria kogentnosti.

Příkladem typického asynallagmatu je darovací smlouva. Poukažme např. na ustanovení § 2057 odst. 2 OZ, konkrétně na jeho druhou větu, která zní: „[d]árce je zavázán k odevzdání daru, není však povinen platit úrok z prodlení.“ Na první pohled by se mohlo zdát, že nic nebrání smluvním stranám darovací smlouvy si ujednat úrok z prodlení pro případ, že se dárce dostane do prodlení se splněním své povinnosti dar odevzdat. Takový závěr je však třeba zavrhnout. Elischer správně poukazuje na skutečnost, že u asynallagmatického vztahu (darovací smlouvy) není vhodné stíhat dárce jakoukoliv sankcí.⁴⁹⁰ Nesmíme totiž zapomínat, že obdarovaný z povahy věci nenabízí dárci žádné protiplnění a z ekonomického pohledu je čistým příjemcem určité hodnoty, kterou před uzavřením darovací smlouvy neměl. Je proto namístě učinit závěr, že sjednání úroku z prodlení, tzn. sankční stíhání dárce za netermínové předání daru (ve skutečnosti zvětšení daru), je v rozporu s dobrými mravy.⁴⁹¹ Není přitom rozhodná výše úroku, nýbrž pouze sama skutečnost, že obdarovaný dárce sankčně stíhá. Komentovanou větu tedy můžeme považovat za donucující. Z tohoto příkladu je

⁴⁸⁹ Srov. ZUKLÍNOVÁ, Michaela. In: DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanské právo hmotné*, op. cit., str. 166.

⁴⁹⁰ ELISCHER, David. *Darování...*, op. cit., str. 97.

⁴⁹¹ Tento názor zastává i Elischer (ibid.).

zároveň dobře patrné, že donucující charakter normy mohou dobré mravy odůvodňovat i bez současného působení kritéria veřejného pořádku nebo smyslu a účelu normy.⁴⁹²

Prostor pro úvahy o působení dobrých mravů jako kritéria kogentnosti skýtají také některá ustanovení obecné části závazkového práva (§ 1721 a násl. OZ). Je kupříkladu dovozováno, že ustanovení § 2001 OZ („[o]d smlouvy lze odstoupit, ujednají-li si to strany, nebo stanoví-li tak zákon“) má mít s ohledem na použitelnou judikaturu Nejvyššího soudu⁴⁹³ kogentní povahu v tom smyslu, že smluvní vyloučení možnosti odstoupit od smlouvy ze zákonných důvodů je v rozporu s dobrými mravy.⁴⁹⁴ Z výše uvedeného však nelze dovodit závěr, že každá smlouva, bez ohledu na autonomní úpravu podmínek odstoupení od smlouvy, obsahuje *ex lege* možnost odstoupit od smlouvy z důvodů podstatného porušení smluvních povinností druhou smluvní stranou (§ 2002 odst. 1 OZ). Neznamená to ani skutečnost, že v ustanovení § 2002 odst. 1 OZ vymezenou definici „podstatného porušení smlouvy“ nelze smluvně modifikovat, upřesnit, rozšířit či zúžit apod. Toto ustanovení je totiž bezpochyby dispozitivní.⁴⁹⁵ Kogentnost ustanovení § 2001 OZ ve světle předmětného rozhodnutí NS je vhodné číst tak, že možnost odstoupení od smlouvy je buď upravena smluvně (neúplatní se tedy § 2002 odst. 1 OZ a aplikuje se autonomní úprava), anebo smluvně upravena není, a pak se skutečně musí uplatnit ustanovení § 2002 odst. 1 OZ. Právě v tom smyslu ustanovení § 2001 OZ nelze smluvně vyloučit. V rozporu s dobrými mravy by byla taková konstrukce závazkového vztahu, která by „vyloučila možnost odstoupení od smlouvy i v případě *flagrantního* porušení smlouvy některým účastníkem

⁴⁹² Nicméně i u typických synallagmatických smluvních vztahů bychom výjimečně mohli uvažovat o použití kategorie dobrých mravů jako kritéria kogentnosti. Pohlédneme např. na § 2348 OZ, jež zakládá právo pachtýře zemědělského pachtu vypovědět pachtovní smlouvu uzavřenou na dobu určitou, je-li pachtýř ze zdravotních důvodů nezpůsobilý na pozemku hospodařit. Smluvní vyloučení pachtýřova práva v této situaci smlouvu vypovědět – prakticky tedy zakotvení povinnosti pachtýře pachtovat a platit pachtovné i v situaci, kdy ze zdravotních důvodů takto činit nemůže – by mohlo být shledáno s dobrými mravy v rozporu. Na druhou stranu by bylo možné přesvědčivě argumentovat i ve prospěch dispozitivnosti tohoto ustanovení, a to např. poukazem na skutečnost, že pachtýř, který s takovým vyloučením svého práva vypovědět smlouvu souhlasí, musí počítat i s příslušnými následky takového ujednání a ve svém vlastním zájmu se před negativními dopady nastalé situace chránit (např. pojištěním).

⁴⁹³ Srov. rozsudek NS ze dne 28. 7. 2007, sp. zn. 32 Odo 1043/2004.

⁴⁹⁴ ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 18-19.

⁴⁹⁵ Srov. např. Rozehnalová (ROZEHNALOVÁ, Naděžda a kol. *Nový občanský zákoník pohledem mezinárodních obchodních transakcí*. Brno: Masarykova univerzita, 2014, str. 165) nebo Šilhán (ŠILHÁN, Josef. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V*, op. cit., str. 1197).

a znamenala by, že druhý účastník je nucen po dlouhou dobu setrvávat v takovém závazkovém vztahu v podstatě bez možnosti obrany svých práv.“⁴⁹⁶

Obdobnou optikou bychom mohli nahlížet na ustanovení § 1998 odst. 1 OZ, jež kopíruje legislativní konstrukci výše komentovaného ustanovení § 2001 OZ, neboť stanoví, že „[z]ávazek lze vypovědět, ujednají-li si to strany nebo stanoví-li tak zákon.“ Navazující ustanovení § 1999 odst. 1 OZ stanoví podmínky vypovězení závazku na dobu neurčitou, kdy alespoň jedna ze stran se zavázala k nepřetržité nebo opakované činnosti (anebo k povinnosti strpět takovou činnost). K právní povaze ustanovení § 1999 odst. 1 OZ – ve vztahu k obdobné předchozí právní úpravě v ustanovení § 582 odst. 1 OZ 1964⁴⁹⁷ – se opakovaně vyjádřil NS tak, že se jedná o ustanovení dispozitivní.⁴⁹⁸ Dle názoru autora této práce bychom mohli zcela analogické závěry (jako výše uvedené ve vztahu k § 2001 OZ) přijmout i ve vztahu k ustanovení § 1998 odst. 1 OZ: ustanovení je kogentní a vyplývá z něj, že závazek na dobu neurčitou je zásadně vypověditelný, a to buď způsobem, který si strany ujednají, anebo podle ustanovení zákona. Nelze však akceptovat nevypověditelný, „věčný“ závazek. Nelze proto ani připustit vyloučení ustanovení § 1998 odst. 1 a § 1999 odst. 1 OZ při současné absenci smluvní úpravy výpovědi závazku. Takovou konstrukci je možné považovat za rozpornou s dobrými mravy.

V této části občanského zákoníku se může podobných otázek objevit více. Autor těchto řádků má např. za to, že v rozporu s dobrými mravy by bylo vyloučení ustanovení § 2006 OZ, které způsobuje zánik závazku v případě objektivní nemožnosti dlužníka plnit. Očividně rozporné s dobrými mravy by bylo stíhat dlužníka za nesplnění závazku, který splnit z objektivních důvodů nelze.⁴⁹⁹ Odůvodnit hlediskem dobrých mravů bychom zřejmě mohli i pravidlo dovozené z ustanovení § 2048 OZ, a sice že

⁴⁹⁶ Rozsudek NS ze dne 28. 7. 2007, sp. zn. 32 Odo 1043/2004.

⁴⁹⁷ Je třeba nicméně upozornit na skutečnost, že § 582 odst. 1 OZ 1964 měl oproti současnému § 1999 odst. 1 OZ v důležitém detailu jinou dikci, která přímo vybízela k závěru o jeho dispozitivní povaze (srov. „nevyplyvá-li ze zákona nebo ze smlouvy způsob její výpovědi“). K povaze § 1999 odst. 1 OZ srov. také ONDREJOVÁ, Dana. *Průvodce...*, op. cit., str. 338-339 nebo ŠILHÁN, Josef. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V*, op. cit., str. 1178.

⁴⁹⁸ Srov. usnesení NS ze dne 24. 11. 2014, sp. zn. 26 Cdo 1770/2014 nebo dřívější rozsudek NS ze dne 22. 5. 2012, sp. zn. 33 Cdo 2978/2010.

⁴⁹⁹ Nicméně stejně dobře (a zřejmě i přiléhavěji) bychom mohli argumentovat i § 580 odst. 2 OZ, podle kterého je neplatné právní jednání, má-li být podle něj plněno něco nemožného.

smluvní pokutu nelze vázat na nic jiného nežli na porušení smluvní povinnosti (např. na výkon práva).⁵⁰⁰

Je nicméně zjevné, že vymezení kogentních norem této skupiny bude problematické, bude zpravidla vyžadovat hlubší analýzu toho kterého ustanovení a rovněž bude zpravidla čekat na judikaturní potvrzení, nebo vyvracení názoru doktríny.

3.5. Kogentní normy odůvodněné veřejným pořádkem – aplikační okruhy

Veřejný pořádek dle účinného občanského zákoníku má být pojímán jako kritérium kogentnosti norem. Je nutné mít neustále na paměti, že v tomto případě veřejný pořádek musí být spjat s konkrétní normou do té míry, že jakákoliv odchylka od její dispozice by byla *per se* jeho porušením.⁵⁰¹

Jak bylo podrobněji uvedeno výše, směrodatným vodítkem pro vymezení veřejného pořádku jsou základní hodnoty a principy, na nichž se demokratická společnost zakládá, přičemž v tomto směru nejvíc relevantních ukazatelů může poskytnout Ústava a Listina.⁵⁰² V té nejobecnější rovině můžeme proto hovořit o promítání principu svobody, faktické i právní rovnosti, práva na soudní ochranu, principu předvídatelnosti práva a právní jistoty apod.

Bylo taktéž poukázáno na vztah veřejného pořádku k dobrým mravům, které se sice občas mohou, ale také vůbec nemusí (což je podstatné) s veřejným pořádkem překrývat: sankční stíhání dárce obdarovaným je zkrátka nemravné, přičemž s veřejným pořádkem to nemá co do činění (viz kap. 3.4.3.). Na druhou stranu (kogentně) stanovit přesnou hranici zletilosti je z hlediska veřejného pořádku nutné, ačkoliv dobrým mravům je lhostejno, zda se člověk stává zletilým o dva měsíce dříve nebo později.⁵⁰³

Následující kapitoly se pokusí nastínit, které právní normy (či právní pravidla⁵⁰⁴) by mohly být považovány za kogentní s odkazem na hledisko veřejného pořádku.⁵⁰⁵

⁵⁰⁰ Srov. rozsudek NS ze dne 10. 1. 2011, sp. zn. 23 Cdo 2575/2010.

⁵⁰¹ Obdobně MELZER, Filip; TĚGL, Petr a kol. *Občanský zákoník - velký komentář. Svazek I*, op. cit., str. 64, marg. č. 180.

⁵⁰² TICHÝ, Luboš. Veřejný pořádek..., op. cit., str. 108.

⁵⁰³ MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 258.

⁵⁰⁴ V následujících kapitolách se často skutečně bude jednat spíše o právní pravidla, neboť některé z níže uvedených příkladů bychom jen těžko mohli kategorizovat jako normy *sensu stricto* (tj. pravidly chování s klasickou trichotomní strukturou – hypotéza, dispozice a sankce).

Jakákoliv bližší konkretizace tohoto pojmu však může vyvolat pochybnosti, neboť každý v tomto „novém“ soukromoprávním pojmu může spatřovat něco jiného. Autor této práce je tedy co nejdál od tvrzení, že jeho níže uvedené pojetí je jediné možné. Navíc je vhodné upozornit na skutečnost, že s ohledem na rozsah zkoumané problematiky bude jakýkoliv výčet kogentních norem odůvodněných kritériem veřejného pořádku nutně demonstrativní, tudíž vždy bude spíše subjektivním výběrem autora nežli výčtem v pravém slova smyslu.

3.5.1. Regulace základních otázek občanského zákoníku

Nepochybně donucující povahy budou právní normy či spíše právní pravidla, která bychom mohli označit svou povahou jako *esenciální*, tj. pravidla základní, nepostradatelná pro smysluplný a funkční chod občanského práva a v něm realizovaných občanskoprávních vztahů, nezbytná pro „*racionální fungování soukromého práva jako systému*.“⁵⁰⁶ Nemá-li existovat veřejný „nepořádek“⁵⁰⁷ – chaos, musí veřejný pořádek obsahovat (a zakotvit) určitá pravidla a jejich dodržování či aplikaci bezpodmínečně vyžadovat.

Proto je nepřípustné, aby adresáti občanskoprávních norem mohli autonomně nakládat s úpravou základních principů, postulátů či zásad občanského zákoníku jako např. s nezávislostí soukromého práva na právu veřejném (§ 1 odst. 1 OZ), pravidly výkladu (§ 2 OZ), presumpcí poctivosti a dobré víry (§ 7 OZ), zákazem zneužití práva (§ 8 OZ), posuzováním právního jednání podle jeho obsahu (§ 555 OZ), presumpcí platnosti právního jednání (§ 574 OZ), působením absolutních práv *erga omnes* (§ 977 OZ), uzavřeností výčtu absolutních práv (§ 977 OZ) atd.

Ze stejného důvodu musí kogentní povahu mít i úprava konkrétního právního institutu, resp. jeho pojmové vymezení či vymezení jeho základních obsahových složek,⁵⁰⁸ např. institutu manželství, držby, vlastnictví, závazku atd. Zákonné vymezení

⁵⁰⁵ K tomu srov. také Eliášovo pojednání, kap. VI. s názvem „Veřejný pořádek jako kritérium kogentního práva soukromého“ (ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 19 a násl.).

⁵⁰⁶ LAVICKÝ, Petr. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I*, op. cit., str. 22.

⁵⁰⁷ Telec za příklad „veřejného nepořádku“ označil dřívější absenci právní úpravy spolkového katastru. K tomu blíže viz TELEEC, Ivo. Poctivost..., op. cit., str. 4, pozn. pod čarou č. 18.

⁵⁰⁸ Nicméně i tady vyvstane otázka, co je základem toho kterého právního institutu, tj. co ještě patří k jeho pojmovým znakům a co naopak tvoří jeho variabilní složky. Pokud bychom argumentovali,

obsahu posledně zmíněného institutu – závazku (§ 1789 OZ), přivádí Pelikánovou a Pelikána k zamýšlení, zda má vůbec smysl o kogentnosti či dispozitivnosti takových „učebnicových“ a „definičních“ norem přemýšlet, neboť „*definice právního pojmu je ve své podstatě konvencí, jak budeme chápat určitý termín.*“⁵⁰⁹ Docházejí nakonec k závěru, že definiční ustanovení musíme považovat za kogentní, a to pro účely zachování možnosti komunikace a jednotného chápání práva.⁵¹⁰ Jinými slovy, systém by nemohl hladce fungovat, pokud bychom věci červené nazývali bílými, hnědé žlutými apod.

Lze připustit, že u některých „definičních“ ustanovení zdůrazňování jejich kogentnosti má skutečně toliko akademický význam. Na druhou stranu v řadě případů tato pravidla nejsou pouze právně pustou proklamací. Například ustanovení § 775 OZ staví najisto, že mateřství zakládá porod. Právně toto kogentní pravidlo nevyvolává pochybnosti (pořád platí zásada *mater semper certa est*), v „reálném světě“ však může, s ohledem na dnešní technické možnosti a metody asistované reprodukce, vyvolávat řadu otázek.⁵¹¹

Vhodným příkladem působení veřejného pořádku jako kritéria kogentnosti norem v této kategorii je i ustanovení § 720 OZ, které v první větě stanoví, že „*[s]mlouva snoubenců o manželském majetkovém režimu nabývá účinnosti uzavřením manželství.*“ Veřejnému pořádku by jistě odporovalo, pokud by si snoubenci ujednali manželský majetkový režim, ačkoliv by ještě do svazku manželského nevstoupili. Pojmově manželský majetkový režim může existovat pouze mezi manželi. Na druhou stranu nic nebrání tomu, aby si snoubenci ujednali pozdější nabytí účinnosti smlouvy,

že např. pojmovým znakem odstoupení od smlouvy je skutečnost, že odstoupení má účinky *ex tunc*, pak z tohoto důvodu bychom mohli za donucující ustanovení považovat § 2004 odst. 1 OZ.

⁵⁰⁹ PELIKÁNOVÁ, Irena; PELIKÁN, Robert. In: ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek V*, op. cit., str. 140.

⁵¹⁰ Ibidem.

⁵¹¹ Surogační (náhradní) mateřství vyvolává řadu nových právních i etických otázek, které však nejsou předmětem této práce. Nicméně v kontextu odůvodnění povahy normy uvedené v § 775 OZ bychom se zřejmě mohli ptát, zda pravidlo „porod definuje matku“ je opodstatněné kritériem dobrých mravů i v případě tzv. gestačního surogačního mateřství, kdy žena nosí dítě „pro“ genetickou matku. Nepochybně však veřejný pořádek odůvodňuje závěr, že zákon nemůže jinak než kogentně určit, kdo je matkou dítěte. K tomu srov. FRINTOVÁ, Dita. In: ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek II*, op. cit., str. 282-283.

např. 2 roky po uzavření manželství. Kogentnost/dispozitivnost v tomto případě bude „jednosměrná“.⁵¹²

S výše nastíněnou otázkou se pojí problematika právní povahy typických legálních definic. Legální definice nastavují základní pravidla, a proto v drtivé většině případů musí mít donucující povahu. Nelze si proto autonomně vymezit, kdo je spotřebitel (§ 419 OZ) a kdo podnikatel (§ 420 OZ), které věci jsou hmotné a které nehmotné (§ 496 OZ), co se rozumí pod pojmem obchodní závod (§ 502 OZ) a co je to cenný papír (§ 514 OZ) nebo veřejná listina (§ 567 OZ) atd. Není nicméně možné učinit obecný závěr, že definuje-li zákon něco, definuje vždy kogentně. Příslušnou legální definici je nutné zkoumat a ptát se, zda se jedná o právní pravidlo esenciální pro řádné fungování práva.⁵¹³

Konečně definici *sui generis* představují také základní ustanovení pojmenovaných smluv, např. ustanovení § 2079 OZ u smlouvy kupní, § 2201 OZ u nájemní, § 2430 OZ u příkazní atd. Základní ustanovení, což jsou zpravidla pouze první ustanovení toho kterého smluvního typu,⁵¹⁴ mají rovněž kogentní povahu, neboť klíčová v tomto kontextu je skutečnost, že neumožňují jakoukoliv smluvní modifikaci.⁵¹⁵ Při nerespektování jejich obsahu totiž nastávají pouze dvě možnosti: buď bude smlouva neplatná (zdanlivá) anebo podle okolností případu může jít o smlouvu nepojmenovanou (§ 1746 odst. 2 OZ). Uzavřením nepojmenované smlouvy však

⁵¹² Srov. PSUTKA, Jindřich. In: HRUŠÁKOVÁ, Milana; KRÁLÍČKOVÁ, Zdeňka; WESTPHALOVÁ, Lenka a kol. *Občanský zákoník II*, op. cit., str. 244-245.

⁵¹³ Například legální definice středu měsíce (§ 606 odst. 1 OZ) bude nepochybně dispozitivní povahy. K tomu blíže viz kap. 1.1.3.

⁵¹⁴ Někdo by se mohl zeptat, jak se „základní ustanovení“ toho kterého smluvního typu pozná. Je to sice otázka do značné míry triviální, nicméně je vhodné upozornit na jednu nejasnost či spíše nuanci. S pojmem „základní ustanovení“ v kontextu jejich kogentnosti pracoval obchodní zákoník, když v § 263 odst. 2 stanovil výslovně, že „[s]trany se nemohou odchýlit od základních ustanovení v této části [...]“. Redakčně se pak nadpis „Základní ustanovení“ v části čtvrté vztahoval výhradně na první ustanovení daného smluvního typu. Tento koncept účinný občanský zákoník přebírá, nikoliv však důsledně. U několika smluvních typů si lze všimnout, že redakční nadpis „Základní ustanovení“ se vztahuje i na jiná ustanovení než první, „definiční“ (např. § 2748 až § 2760 OZ – pojištění; § 2483 až § 2488 OZ – obchodního zastoupení atd.). Nelze se však domnívat, že úmyslem zákonodárce bylo cokoliv ohledně povahy těchto ustanovení naznačit. Takovému závěru nic nenásvědčuje, naopak pod „základní ustanovení“ spadají i evidentně dispozitivní ustanovení (např. § 2306 OZ), a to i výslovně dispozitivní ustanovení (např. § 2759 odst. 1 OZ).

⁵¹⁵ Shodně např. Dvořák ve výkladu ohledně povahy ustanovení § 2716 OZ (Viz DVOŘÁK, Tomáš. In: ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek VI*, op. cit., str. 330).

nedochází k modifikaci základního („definičního“) ustanovení pojmenované smlouvy, neboť úprava toho smluvního typu se nepoužije.⁵¹⁶

Nejvyšší soud se rovněž dlouhodobě přiklání k názoru o kogentnosti definičních ustanovení konkrétních smluvních typů. K takovému závěru Nejvyšší soud dospěl i ohledně ustanovení § 41 zákona o pojistné smlouvě,⁵¹⁷ které upravovalo definici podpojištění.⁵¹⁸ Je to závěr o to zajímavější, že ustanovení přímo obsahovalo dikci svědčící o jeho dispozitivní povaze, a sice spojení „nebylo-li (v pojistné smlouvě) dohodnuto jinak“. Z tohoto důvodu byl NS nucen předmětné ustanovení „rozdělit“ na dvě části, přičemž první část – definici podpojištění – považoval za kogentní a druhou, díky výslovné dikci ustanovení, za dispozitivní.⁵¹⁹

3.5.2. Statusové otázky

Právo týkající se postavení osob a právo na ochranu osobnosti jsou nesporně součástí veřejného pořádku, proto by snad někdo mohl konec věty za středníkem v ustanovení § 1 odst. 2 OZ považovat z legislativního hlediska za nadbytečný. Na druhou stranu není nutné zákonodárci vytýkat, pojímá-li úvodní ustanovení občanského zákoníku i jako svého druhu „preambuli“ a touto formulací chtěl zdůraznit antropocentrické založení kodexu.⁵²⁰ Právní úprava postavení osob (přesněji řečeno statusových otázek fyzických a právnických osob) a osobnosti člověka proto vymezuje další značně početnou skupinu kogentních norem odůvodněných hlediskem veřejného pořádku.

Co se týká použitého pojmu „postavení osob“ (§ 1 odst. 2 OZ), lze soudit, že se tím rozumí status osoby, ať už fyzické (člověka) nebo právnické. V doktríně panuje

⁵¹⁶ K základním ustanovením daného smluvního typu v kontextu ustanovení § 263 odst. 2 ObchZ srov. závěry NS v rozsudku ze dne 23. 8. 2011, sp. zn. 23 Cdo 1733/2010.

⁵¹⁷ Předmětné ustanovení normovalo, že „[j]e-li pojistná částka v době pojistné události nižší než pojistná hodnota pojištěného majetku, sníží pojistitel pojistné plnění v poměru, v jakém je výše pojistné částky ke skutečné výši pojistné hodnoty pojištěného majetku, nebylo-li v pojistné smlouvě dohodnuto jinak.“ Jedná se o ustanovení zák. č. 37/2004 Sb., ve znění do 31. 12. 2018. Ustanovení § 41 tohoto zákona bylo přijetím OZ zrušeno.

⁵¹⁸ Rozsudek NS ze dne 21. 1. 2014, sp. zn. 23 Cdo 2420/2012.

⁵¹⁹ Pro úplnost lze podotknout, že zákonodárce v rámci rekodifikace příslušné ustanovení přeformuloval (srov. § 2854 OZ). Zajímavé ovšem je, že Haas toto ustanovení, resp. zřejmě i jeho definiční část, považuje za „nepochybně dispozitivní“, dokonce uvádí, že část za středníkem je z legislativního hlediska nadbytečná (HAAS, Karel. In: ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek VI*, op. cit., str. 268).

⁵²⁰ Obdobně MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 259.

shoda na závěru, že úprava statusových otázek jakožto otázek spadajících pod kritérium veřejného pořádku, je vždy kogentní. Lze proto bez nadbytečného komentáře demonstrativně vyjmenovat, že donucující povahu bude mít celá řada ustanovení vztahujících se k právnímu postavení člověka (úprava jména, bydliště, změny pohlaví, právní subjektivity včetně vzniku a zániku, svéprávnosti, deliktní způsobilosti, příbuzenství, švagrovství, manželství, registrovaného partnerství, rodičovství atd.) a taktéž početná skupina ustanovení vztahujících se k osobnímu statusu právnických osob (úprava právní osobnosti, typů a forem právnických osob, přeměn, vzniku a zániku, zrušení, neplatnosti, názvu, sídla, předmětu a účelu činnosti apod.).⁵²¹

Není však úplná jednota v tom, co všechno je obsahem osobního statusu právnických osob. Polemika se vede (nebo spíše vedla) zejména o právní povaze regulace úpravy vnitřního uspořádání (poměrů) právnických osob.⁵²² Velmi restriktivní stanovisko, které říká, že status právnické osoby zahrnuje i její vnitřní uspořádání a odůvodňuje kogentnost úpravy v této oblasti, je již dnes, zdá se, většinou odborné veřejnosti odmítáno a je také neobvyklé i ve srovnání s úpravou v jiných evropských právních řádech.⁵²³ Neodpovídá ani ústřední myšlenka občanského zákoníku (svoboda a autonomií vůle) a neopodstatňuje jej ani povaha soukromoprávních právnických osob.

Záběr této problematiky je však obrovský, neboť samozřejmě nehovoříme pouze o právnických osobách občanského zákoníku (spolek, nadace atd.), ale také o obchodních korporacích.⁵²⁴ Autor této práce se proto omezí na obecné konstatování, že pokud jakýkoliv paušalizující závěr o „absolutní“ či „zásadní“ kogentnosti úpravy vnitřních záležitostí právnických osob neobstojí, je třeba zkoumat právní povahu jednotlivých pravidel samostatně, s přihlédnutím ke specifickým jednotlivých forem právnických osob a taktéž i k jejich různým modalitám v rámci jedné formy.⁵²⁵

⁵²¹ Srov. MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 259; ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 22-23.

⁵²² K tomu blíže srov. příspěvek Eliáše, kde autor odmítá názor, že status právnické osoby zahrnuje i její vnitřní řád (ibid.).

⁵²³ K tomu blíže srov. RONOVSÁ, Kateřina; HAVEL, Bohumil. Kogentnost úpravy právnických osob a její omezení autonomií vůle nebo vice versa? *Obchodněprávní revue*, 2016, roč. 8, č. 2, str. 33 a násl.

⁵²⁴ Podrobněji o spolkové autonomii viz např. článek Ronovské (RONOVSKÁ, Kateřina. Spolková autonomie..., op. cit., str. 115-119), o kogentnosti nebo dispozitivnost ZOK srov. např. příspěvek Pelikána (PELIKÁN, Robert. Kogentní..., op. cit., str. 246-250). V neposlední řadě za zmínku stojí též pojednání Hurdíka (HURDÍK, Jan. Kogentnost a dispozitivnost ustanovení nového občanského zákoníku o právnických osobách. Ke vzájemné použitelnosti ustanovení o nadacích a nadačních fondech. *Právní rozhledy*, 2014, roč. 22, č. 7, str. 229-233).

⁵²⁵ Srov. RONOVSÁ, Kateřina; HAVEL, Bohumil. Kogentnost úpravy..., op. cit., str. 33.

Východiska hledání limitů autonomie vůle úpravy právnických osob jsou tytéž jako u „každé jiné“ normy: dle ustanovení § 1 odst. 2 OZ na jedné straně dobré mravy a na straně druhé všechno to, co v sobě zahrnuje veřejný pořádek.⁵²⁶

3.5.3. Ochrana osobnosti člověka

Několik úvah si zaslouží i úprava ochrany osobnosti člověka (§ 1 odst. 2 OZ, poslední část věty za středníkem). Předně je však namístě položit si otázku, jakým způsobem hovořit o kogentnosti nebo dispozitivnosti právní úpravy v této oblasti. Právní úprava ochrany osobnosti člověka – zejména ustanovení § 81 a násl. OZ – vykazuje totiž, pokud se jedná o limitaci autonomie vůle, určitá specifika. Zpravidla hovoříme o zásadní kogentnosti osobnostních práv, na druhou stranu zákonná úprava na řadě míst výslovně připouští souhlas se zásahem do osobnostního práva, navíc občanský zákoník zná v tomto směru i obecné ustanovení, a sice ustanovení § 19 odst. 2 OZ. Toto ustanovení sice jednoznačně zakazuje pod sankcí zdánlivosti se osobnostních práv vzdát či je zcizit, ale zároveň umožňuje „sebeomezení“ člověka tím, že stanoví limity přípustnosti omezení jeho osobnostních práv. Nepřihlíží se tak „pouze“ k omezení v míře odporující zákonu, dobrým mravům nebo veřejnému pořádku.

Zdá se, že z tohoto důvodu není příliš praktické hovořit o kogentnosti osobnostních práv celkově (obecně), jelikož není docela zřejmé, co by takové prohlášení mělo znamenat.⁵²⁷ Můžeme nicméně říci, že úprava osobnostních práv – ve smyslu jednotlivých ustanovení, resp. norem – je kogentní povahy, když nepřipouští odchýlnou regulaci od regulace zákonné.⁵²⁸ Tento závěr je již přece jen použitelnější.

Kromě toho přináší ustanovení § 19 odst. 2 OZ ještě další otázku: jelikož omezení osobnostních práv v soukromoprávním pojetí bude zpravidla prostřednictvím ujednání (resp. souhlasu se zásahem), dochází zde k překrytí ustanovení § 1 odst. 2

⁵²⁶ Obdobně ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 23-24.

⁵²⁷ V obecné rovině se můžeme omezit svolením, resp. též ujednáním apod. Na druhou stranu hovořit z tohoto důvodu obecně o dispozitivnosti úpravy osobnostních práv je ještě méně přiléhavé.

⁵²⁸ Srov. úvaha Melzera a Tégl: „[m]á smysl rozlišovat mezi možností odchýlit se od zákona, tedy ujednat si takovou regulaci, která bude např. omezovat určité osobnostní právo a možností svolit se zásahem do existujícího osobnostního práva“ (MELZER, Filip; TÉGL, Petr a kol. *Občanský zákoník - velký komentář. Svazek I*, op. cit., str. 62, marg. č. 137). Autoři toto odůvodňují zejména § 87 a § 97 OZ (viz dále). Autoři tímto korigují názor prezentovaný Melzerem dříve (MELZER, Filip. *Dispozitivní...*, op. cit., str. 258-259).

a § 19 odst. 2 OZ.⁵²⁹ V tomto směru – zejména co se týká odkazu na kritérium dobrých mravů a veřejného pořádku – je třeba vnímat ustanovení § 19 odst. 2 OZ jako speciální, neboť jeho působnost se vztahuje pouze na osobnostní práva (má tedy užší záběr). Následkem výše uvedeného je skutečnost, že omezení osobnostního práva v takto nepřipustné míře bude mít za následek zdánlivost (nicotnost, viz „se nepřihlíží“), nikoliv neplatnost.

Není-li pochyb o kogentnosti normy zakládající určité osobnostní právo, pak je spíše teoretická otázka, co bude důvodem její kogentnosti. Samozřejmě směrodatná je zde obecná direktiva určující, že ustanovení týkající se osobnostních práv jsou upravena donucujícím způsobem a nelze se od této úpravy odchýlit (§ 1 odst. 2 OZ). Opětovný pohled na ustanovení § 19 odst. 2 OZ však nabízí ještě jeden možný přístup: poslední věta totiž hovoří o „zákonu“ – výslovně stanoví, že „*nepřihlíží se ani k omezení těchto práv v míře odporující zákonu [...]*“. Uvážíme-li, že odchýlení či vyloučení *eo ipso* znamená omezení, pak je tento odkaz možné vnímat jako nepřímý zákaz odchýlného ujednání od ustanovení, které upravuje osobnostní právo. Ve skutečnosti tedy můžeme dospět i k závěru, že kogentnost úpravy osobnostních práv je stanovena výslovně (i mimo § 1 odst. 2 OZ), a sice stanovením sankce zdánlivosti příslušné smluvní odchylky.⁵³⁰

Například občanský zákoník v otázce souhlasu se zásahem do integrity v ustanovení § 97 odst. 1 OZ stanoví, že „*[u]dělený souhlas může být odvolán v jakékoli formě, i když se pro udělení souhlasu vyžaduje písemná forma.*“ Ujednání (např. v rámci smlouvy o péči o zdraví), které by vyžadovalo, aby udělený souhlas bylo nutno odvolat pouze písemně, by bylo v rozporu se zkoumaným donucujícím ustanovením.⁵³¹ Zároveň by bylo nepřipustným omezením osobnostního práva (právo souhlas odvolat je chráněno i tím, že jej lze odvolat v jakékoli formě), proto bychom dovozovali v souladu s ustanovením § 19 odst. 2 OZ jeho zdánlivost.

Není rovněž právně možné si ujednat neodvolatelnost svolení k použití písemnosti osobní povahy, podobizny atd., uděleného jiné osobě na dobu určitou, a to

⁵²⁹ Srov. o kolizi těchto dvou ustanovení též výklad Hurdíka (HURDÍK, Jan. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I*, op. cit., str. 152-153).

⁵³⁰ Zatímco při absenci nepřímého zákazu bychom dovozovali neplatnost odchýlného ujednání (§ 580, resp. § 588 OZ), v případě, že zákon stanoví, že se k něčemu nepřihlíží, musíme dovozovat zdánlivost takového ujednání.

⁵³¹ Srov. HOLČAPEK, Tomáš; ŠUSTEK, Petr. In: ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I*, op. cit., str. 377-381.

pro rozpor s ustanovením § 87 odst. 1 OZ. Na druhou stranu není důvod se domnívat, že navazující odstavec téhož ustanovení je rovněž kogentní povahy. Tento odstavec zakotvuje povinnost osobě, která svolila k použití písemnosti atd. a toto svolení následně odvolala, nahradit škodu osobě, které toto svolení udělila (za splnění dalších podmínek v § 87 odst. 2 OZ). Tato norma již nijak nechrání osobnostní právo člověka a není zde dán – dle názoru autora této práce – ani jiný důvod zakazovat její modifikaci nebo přímo vyloučení.⁵³²

Nepochybně kogentní je rovněž pravidlo, podle kterého nikdo nemůže souhlasit s tím, aby mu byla způsobena závažná újma – k takovému souhlasu se nepřihlíží (§ 93 OZ). Hajna nicméně některé specifické příklady z praxe vedou k zamyšlení, zda – stručněji řečeno – bychom v odůvodněných případech neměli dát přece jen přednost direktivě „ctít svobodné rozhodnutí člověka žít podle svého“ (§ 81 odst. 1 OZ).⁵³³ Přesto se dikce ustanovení jeví jednoznačně, a proto dle názoru autora této práce ve výsledku sklouzne rozhodování k otázce, co je a co již není *závažnou* újmou. Dovodíme-li v konkrétním případě závažnou újmu, souhlas bude zdánlivý.

Lze tedy uzavřít, že konkrétní úprava osobnostních práv v občanském zákoníku je kogentní povahy, což samo o sobě ještě neznamená, že všechna ustanovení oddílu šestého s názvem „Osobnost člověka“ (§ 81 a násl. OZ) jsou nutně donucující povahy.⁵³⁴ Předmětné ustanovení, které má mít donucující povahu, musí skutečně osobnostní právo chránit. Eventuální odchylné ujednání od takového ustanovení bude ztíženo sankcí zdánlivosti, právní neexistencí. Tato skutečnost samozřejmě nemá vliv na obecnou možnost se v osobnostních právech omezit, a to za předpokladu, že takové omezení nebude v rozporu s kogentní normou a bude respektovat meze stanovené ustanovením § 19 odst. 2 OZ.

⁵³² Svolení může být uděleno např. pod podmínkou, že je může příslušná osoba kdykoliv i bez udání důvodu odvolat a není přitom nikdy povinna k náhradě škody.

⁵³³ HAJN, Petr. Ochrana osobnosti a úvodní ustanovení občanského zákoníku. In: SUCHÁ, Ludmila; MOKRÝ, Antonín (ed). *Sborník přednášek...*, op. cit., str. 7-8.

⁵³⁴ O některých ustanoveních tohoto oddílu nicméně nemá smysl v rovině kogentnost/dispozitivnost vůbec přemýšlet. Například § 91 OZ o nedotknutelnosti člověka je skutečně spíše „provoláním“ a obecným výkladovým pravidlem, přičemž lze souhlasit s názorem, že by bylo vhodnější jej zařadit na jiné místo OZ (např. první hlava části první). Blíže viz PAVLÍK, Pavel; HOLČAPEK, Tomáš; ŠUSTEK, Petr. In: ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I*, op. cit., str. 339.

3.5.4. Ochrana určitých skupinově vymezených subjektů

Chápání „ochranné“ funkce občanského zákoníku ve vztahu k určitým skupinám osob jako podmnožiny pojmu veřejný pořádek vyvolává určité pochybnosti, a to zejména proto, že důvodová zpráva výslovně zahrnuje ochranu slabší strany pod pojem dobrých mravů.⁵³⁵ Nicméně v tomto názoru jsou podle všeho autoři důvodové zprávy osamoceni. Převažující názor doktríny je takový, že princip, podle kterého právo jako takové chrání určité skupiny osob fakticky, ekonomicky či sociálně zranitelných, je věcí veřejného pořádku.⁵³⁶

Ochrana osob určitým způsobem objektivně znevýhodněných je neoddiskutovatelně jedním z primárních úkolů práva a jen těžko lze polemizovat s tím, že tento princip je modernímu demokratickému právnímu státu vlastní. Proto skutečně přiléhavější je vnímat tuto základní „ochrannou“ funkci jako věc veřejného pořádku. Toto koneckonců koinciduje i s novelou zákoníku práce⁵³⁷, kterou zákonodárce – souvislosti s rekodifikací a zejména s novou koncepcí absolutní či relativní neplatnosti právního jednání – vytknul v ustanovení § 1a odst. 2 ZP, že (mj.) zásada zvláštní zákonné ochrany zaměstnance je hodnotou, kterou chrání veřejný pořádek.

Ustanovení chránící takové skupiny osob pak musí mít kogentní povahu, neboť jedině tak může být jejich ochrana účinná.⁵³⁸ Silnější straně by pochopitelně nečinilo problém přimět slabší stranu ke smluvní modifikaci pro ni ve výsledku nepříznivou (proto ji také označujeme za „slabší“).

Ustanovení, která budou kogentní z důvodu výše uvedené ochranné funkce, je mnoho a nalezneme je napříč celým občanským zákoníkem. V tomto smyslu občanský zákoník chrání mezi jinými děti, osoby s omezenou svéprávností, osoby omezené na svobodě, v rámci závazkových vztahů též spotřebitele, nájemce, obchodní zástupce atd. V celé řadě výše uvedených příkladů však působení veřejného pořádku jako kritéria kogentnosti bude pouze doplňkové, neboť spolupůsobit zde budou i jiná kritéria, jako

⁵³⁵ Důvodová zpráva, str. 32.

⁵³⁶ Za mnohé viz PAULDURA, Lukáš a kol. *Slovník právních pojmů: občanský zákoník*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, str. 184. Podřazení ochranné funkce veřejného pořádku ve vztahu k určitým právně slabším skupinám osob ladí i s pojetím francouzského *public ordre economique* (blíže viz kap. 3.2.).

⁵³⁷ Zákon č. 303/2013 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím rekodifikace soukromého práva.

⁵³⁸ Srov. taky MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 259. Na okraj lze uvést, že Melzer se snaží ochranu slabší strany od veřejného pořádku oddělit – v tzv. testu kogentnosti je ochrana slabší strany uvedena jako samostatný důvod kogentnosti norem (ibid., str. 260).

např. výslovný zákaz odchýlného ujednání (např. v neprospěch zákazníka podle § 2549 a § 2549a OZ). Koneckonců obhajitelné je i tvrzení, že zde často „spolupůsobí“ rovněž kritérium dobrých mravů (typicky např. u ochrany dětí).⁵³⁹

Nakonec však není podstatné, které kritérium z hlediska teoretického opodstatňuje závěr o donucující povaze daného ustanovení, pokud jeho povaha nevyvolává žádné pochybnosti (jako v tomto případě).⁵⁴⁰

3.5.5. Ochrana třetích osob

Zjevnou dimenzí veřejného pořádku je i ochrana principu právní rovnosti. Soukromému právu je odjakživa vlastní maxima, že právním jednáním dvou osob nelze uložit povinnost osobě na tomto jednání nezúčastněné.⁵⁴¹ Jsou-li totiž osoby soukromého práva sobě rovné, nemůže jedna osoba jiné uložit povinnost či vnutit subjektivní právo bez jejího souhlasu. Jinak řečeno, ani shodnou vůlí dvou nebo více osob nelze zasáhnout do právního postavení osoby třetí, ledaže je k tomu zákon výslovně zmocňuje.⁵⁴² Kogentnost norem chránících třetí osoby je pro každého samozřejmá. Až banálně proto působí konstatace, že např. úprava relativní neúčinnosti právního jednání musí mít donucující povahu (§ 589 a násl. OZ).

Výše uvedená obecná východiska vyžadují leckdy v pozitivní úpravě – zejména v závazkovém právu – upřesnění, a proto občanský zákoník v řadě případů reguluje tu kterou skutečnost speciálně, resp. výslovně. S ohledem na ochranu třetích osob tak nelze pochybovat o donucující povaze ustanovení, které chrání „nezúčastněného“ věřitele v konkrétním případě (např. umožňuje věřiteli za splnění dalších podmínek domáhat se určení, že prodej závodu je vůči němu neúčinný dle § 2181 OZ), které chrání obecně všechny věřitele (např. solidární ručení ve společnosti občanského práva dle § 2736 OZ, event. ručení tichého společníka dle § 2750 odst. 2 a odst. 3 OZ) nebo například zaměstnance při změně zaměstnavatele v důsledku koupě závodu (§ 2175 odst. 2 OZ) nebo jeho propachtování (§ 2349 odst. 2 OZ). Stejně tak nemůže pachtýř a propachtovatel vyloučit právo pachtýřova dědice vypovědět pacht dle

⁵³⁹ Obdobně ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 19.

⁵⁴⁰ Významné to může být pouze z hlediska stanovení sankce, a to s ohledem na odlišnou formulaci § 580 OZ v kontextu § 586 a § 588 OZ.

⁵⁴¹ Za mnohé srov. MELZER, Filip. Dispozitivní..., op. cit., str. 259.

⁵⁴² Srov. LAVICKÝ, Petr. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I*, op. cit., str. 22.

ustanovení § 2348 odst. 2 OZ, neboť pachtýřův dědic nebyl původní smluvní stranou a nelze jej tudíž proti jeho vůli nutit pachtovat. Samozřejmě do této kategorie zařadíme také ochranu věřitelů při rozdělení nebo fúzi právnických osob, dále též normy, které chrání dobrou víru třetích osob apod.⁵⁴³

3.5.6. Bezpečnost právního styku

Další početnou množinou donucujících ustanovení, o jejichž právní povaze není mnoho pochybností, jsou ustanovení, která směřují k zajištění bezpečnosti právního styku. Tyto jednak promítají princip právní jistoty, ale v řadě případů současně chrání i třetí osoby. Respektování těchto pravidel je z pohledu veřejného pořádku nutností.⁵⁴⁴ Kupříkladu můžeme uvést mnohé ustanovení týkající se veřejného rejstříku⁵⁴⁵ či veřejného seznamu.⁵⁴⁶ Kogentní povaha je v tomto případě zjevná a nepotřebuje další komentář. Za zmínku snad stojí pouze poukaz Eliáše na skutečnost, že se jedná o příklad kogentních ustanovení z hlediska dobrých mravů zcela indiferentních.⁵⁴⁷

Bezpečnost právního styku zajišťuje mimo jiné i forma právního jednání. Ačkoliv občanský zákoník vychází ze zásady bezformálnosti, omezení může stanovit buď ujednání, anebo zákon (§ 559 OZ⁵⁴⁸). Stanoví-li zákon obligatorně určitou formu právního jednání, stanoví tak kogentně, a to právě z důvodu zachování veřejného řádu, veřejného pořádku.⁵⁴⁹ Příslušná obligatorní forma se vztahuje i na změny obsahu takového jednání (srov. § 564 OZ). Obligatorní ústní forma je spíše raritou (viz § 659 OZ, § 1487 odst. 1 OZ), přičemž v těchto případech nemůže být pochyb o zajištění principu právní jistoty jiným způsobem (účast svědků, prohlášení vůči soudu). Častěji zákon stanoví, že určité jednání musí být učiněno ve formě veřejné

⁵⁴³ Ibidem.

⁵⁴⁴ Srov. ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 19.

⁵⁴⁵ Viz např. § 120 a 121 OZ. Dále srov. vznik právnické osoby (např. § 407, § 315 OZ), její zánik (např. § 185 OZ), úpravu přeměny právnických osob (např. § 392 OZ), skutečnosti zapisované do veřejného rejstříku a účinky takového zápisu (např. § 337, § 296 OZ).

⁵⁴⁶ Například § 980 a násl. OZ. Dále srov. např. § 1100 odst. 2, § 1149 odst. 2, § 1524, § 1903, § 2041 nebo § 2538 odst. 3 OZ.

⁵⁴⁷ ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 19.

⁵⁴⁸ Samozřejmě zákonodárce předmětným ustanovením má na mysli i jiné zákony, např. § 1 odst. 4 zák. č. 67/2013 Sb.

⁵⁴⁹ Takto ZUKLÍNOVÁ, Michaela. *Právní jednání podle...*, op. cit., str. 77.

listiny (např. § 309 odst. 4 OZ, § 716 odst. 2 OZ, § 1314 odst. 2 OZ), nejčastěji se však setkáme s obligatorní písemnou formou právního jednání.⁵⁵⁰

Stejně jako nelze mít pochybnosti o povaze ustanovení určujících formu právního jednání, nelze pochybovat ani o tom, že zákon kogentním způsobem stanoví, co je listinou soukromou (§ 565 a násl. OZ), co listinou veřejnou (§ 567 a násl. OZ) a jaké právní následky jsou s tímto spojené.

Neplatí však, že každé ustanovení zákona, které se dotýká formy právního jednání, musí mít nutně donucující povahu. V tomto směru není bez zajímavosti ustanovení § 562 odst. 1 OZ, podle kterého je písemná forma zachována i při právním jednání učiněném (mj.) elektronickými prostředky, pokud umožňují zachycení jeho obsahu a určení jednající osoby. Není zřejmě na škodu bližší prozkoumání tohoto ustanovení z hlediska jeho právní povahy.

Obecně lze mít za to, že pokud zákon nevyžaduje pro určité právní jednání konkrétní formu, je na každém, aby samostatně rozhodl, jakou formu zvolí (§ 559 OZ).⁵⁵¹ Může-li si každý zvolit formu právního jednání dle vlastního uvážení, zřejmě nic nebrání ani platnému ujednání stran, že právní jednání učiněné v písemné formě musí být výhradně na listině. V základní poloze je tedy ustanovení § 562 odst. 1 OZ dispozitivní, neboť jeho aplikaci strany smlouvy mohou vyloučit.⁵⁵²

Jinou otázkou je, zda smluvní strany mohou komentované ustanovení vyloučit i v případě, že zákon pro jimi zvolené právní jednání stanoví obligatorní písemnou formu. Vycházíme-li z předpokladu, že obligatorní písemná forma právního jednání musí být upravena kogentně, zřejmě bychom měli učinit i závěr, že v tomto případě

⁵⁵⁰ Obecně písemnou formu vyžadují všechna právní jednání týkající se nemovitě věci (§ 560 OZ), přičemž v řadě dalších případů požadavek obligatorní písemné formy občanský zákoník stanoví zvlášť u konkrétní právního jednání, jako třeba u smlouvy (např. 2358 odst. 2 OZ), závěti (§ 1532 OZ), prohlášení (např. § 2018 odst. 2 OZ), námitek (např. § 2314 OZ) apod. Mnohdy zákon určitým způsobem požadavek písemné formy modifikuje (např. podle § 97 OZ lze odvolat písemně udělený souhlas i ústně nebo např. nájemní smlouvy dle § 2237 OZ vyžaduje písemnou formu, přesto pronajímatel nemůže namítnout neplatnost smlouvy pro nedostatek formy). V určitém smyslu bychom mohli považovat ustanovení, kterými se stanoví obligatorní písemná forma, za relativně kogentní, neboť zákonný standard (písemnost) může být nahrazen standardem vyšším (přísnější formou), a sice právním jednáním učiněným ve formě veřejné listiny (srov. kap. 1.2.1.).

⁵⁵¹ Smluvní strany si mohou *ad absurdum* ujednat i to, že veškeré dodatky smlouvy budou vytesány do kamene nebo sepsány na podkladu z krokodýlí kůže, jakkoliv málo praktické by takové ujednání bylo.

⁵⁵² Srov. TICHÝ, Luboš. In: ŠVESTKA, Jiří; DVORÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I*, op. cit., str. 1391.

i „definování“ či vymezení písemné formy je kogentní.⁵⁵³ Takový závěr se však autorovi této práce jeví jako příliš kategorický, resp. přísný, a to zejména v kontextu principu smluvní svobody. Lze si kupříkladu představit, že strany smlouvy o výhradním obchodním zastoupení vyloučí aplikaci ustanovení § 562 odst. 1 OZ, neboť jsou konzervativní a chtějí právně jednat pouze na hmatatelném podkladu, takřikajíc „na papíře“. Skutečně pak veřejný pořádek velí, aby navzdory výslovnému smluvnímu ujednání „elektronická“ výpověď smlouvy, zaslána do datové schránky druhé smluvní straně (opatřena zároveň řádným elektronickým podpisem dle § 561 OZ), měla právní účinky? Autor této práce pro takové omezení smluvní svobody nenachází pádný důvod. Ujednání stran v tomto případě nesměruje k „obejití“ zákonem obligatorně stanovené formy právního jednání, pouze se smluvní strany zavážou používat jednu z variant písemné formy.

3.5.7. Ustanovení týkající se soudní pravomoci

Relativně početnou skupinu, byť do značné míry nehomogenní, tvoří v občanském zákoníku ustanovení, která se nějakým způsobem dotýkají pravomoci soudu, event. jiného orgánu veřejné moci. Dle názoru autora této práce soukromoprávnímu pojetí veřejného pořádku odpovídá, že občanskoprávní subjekty nejsou oprávněny vyznačovat rámec pravomoci orgánům veřejné moci, ani již zákonem ustavenou pravomoc vyloučit či omezit, ledaže k tomuto zákon výslovně zmocňuje. Ze stejného důvodu soukromé osoby nejsou právně schopny vyloučit aplikaci ustanovení, která pravomoc soudu regulují např. tím, že určitý nárok označí za naturální obligaci, tudíž vyloučí jeho soudní vymahatelnost.⁵⁵⁴

Tato skupina donucujících ustanovení bude z povahy věci velmi různorodá. Zmínit lze např. četná ustanovení, která „něco“ soudu nařizují (§ 44⁵⁵⁵, § 129 odst. 1, § 685 OZ atd.) nebo soud k „něčemu“ opravňují (např. § 194, § 963, § 1691 odst. 2 OZ

⁵⁵³ Takový názor patrně zastává Tichý (ibid.).

⁵⁵⁴ Například § 2874 OZ v rámci úpravy sázky neumožňuje vyhrávající straně výhru vymáhat, pokud tato není dána „dobrovolně“. Ve vztahu k obdobné předchozí právní úpravě (§ 845 OZ 1964) za kogentní toto ustanovení označila i judikatura (viz rozsudek Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 2. 11. 1995, sp. zn. 8 Co 1799/95).

⁵⁵⁵ Toto ustanovení, § 44 OZ, a řadu jiných – např. zmocňovací ustanovení § 1222 či ustanovení o výmazu poznámky spornosti v § 986 odst. 1 OZ atd., najdeme v Eliášově výčtu kogentních norem mimo paradigma § 1 odst. 2 OZ (srov. ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva..., op. cit., str. 24). Eliáš má za to, že sice obsah těchto ustanovení sleduje veřejný pořádek, nicméně kogentnost těchto ustanovení má základ v pořádku ústavním.

atd.). Dále lze poukázat na řadu ustanovení, která dovolují se osobě u soudu „něčeho“ dovolat (např. § 694, § 1972, § 2354 OZ atd.) nebo také ustanovení, která předpokládají soudní schválení (§ 46 odst. 2, § 461 odst. 1, § 934, § 1696 OZ atd.). Zde je nemožnost smluvní či jiné odchylky zcela evidentní, navíc mnohdy justifikována více hledisky současně.

Soudního rozhodování se však dotýkají i ustanovení, jejichž právní povaha takto zřejmá není. Příkladem takového „problematického“ ustanovení je ustanovení § 2051 OZ, které zakládá tzv. moderační právo soudu, tj. umožňuje soudu na návrh dlužníka konstitutivním rozhodnutím snížit nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu. Důvod jeho „problematickosti“ je nasnadě: ustanovení se týká hojně využívaného institutu smluvní pokuty a praxe by jej ráda modifikovala (resp. vyloučila), proto se doktrína ptá, nakolik je to právně možné.⁵⁵⁶ Jelikož občanský zákoník nic výslovně o jeho povaze nestanoví, otevírá se prostor pro to, aby jedni označili ustanovení za kogentní⁵⁵⁷ a jiní za dispozitivní⁵⁵⁸, a konečně ještě jiní za relativně kogentní, a to v tom smyslu, že zkoumané ustanovení bychom mohli považovat pro oblast podnikatelských vztahů za dispozitivní a v ostatních případech za kogentní.⁵⁵⁹

Je patrné, že přesvědčivě lze argumentovat na jednu i na druhou stranu. Ani kritérium dobrých mravů zde nemůže indikovat kogentnost či dispozitivnost předmětného ustanovení, neboť nemravně vysokou smluvní pokutu lze prohlásit za rozpornou s dobrými mravy (§ 580 OZ) bez ohledu na to, zda strany ustanovení § 2051 OZ vyloučí či nikoliv.⁵⁶⁰ Nezbyvá tudíž než poměřovat právní povahu zkoumaného ustanovení kritériem veřejného pořádku, což sklouzává k otázce, zda je součástí veřejného pořádku rovněž princip, že smluvním ujednáním nelze vyloučit

⁵⁵⁶ Pro úplnost je třeba dodat, že předmětné pravidlo má svůj vzor ve výslovně kogentním § 301 ObchZ (viz výčet v § 263 odst. 1 ObchZ).

⁵⁵⁷ Srov. LASÁK, Jan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V*, op. cit., str. 1290.

⁵⁵⁸ Srov. MELZER, Filip; TÉGL, Petr a kol. *Občanský zákoník - velký komentář. Svazek I*, op. cit., str. 49, pozn. pod čarou č. 184.

⁵⁵⁹ LOVĚTÍNSKÝ, Vojtěch. Lze smluvně vyloučit právo soudu snížit nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu? Příspěvek publikovaný dne 16. února 2017 [online]. Dostupný z WWW: <https://www.epravo.cz/top/clanky/lze-smluvne-vyloucit-pravo-soudu-snizit-neprimerene-vysokou-smluvni-pokutu-105192.html> Autor této práce má za to, že teoretickým východiskům kogentnosti neodpovídá možnost jednou ustanovení považovat za kogentní a podruhé za dispozitivní (viz kap. 1.3.). Navíc nic nebránilo zákonodárci připojit k tomuto ustanovení druhý odstavec, který by výslovně takovou modifikaci v podnikatelských vztazích připustil. Zákonodárce však takovou vůli neprojevil.

⁵⁶⁰ Srov. MELZER, Filip; TÉGL, Petr a kol. *Občanský zákoník - velký komentář. Svazek I*, op. cit., str. 49, pozn. pod čarou č. 184. Toto je patrně důvod, který Melzera s Téglem přesvědčil o dispozitivní povaze zkoumané normy.

pravomoc soudu. Na tuto otázku odpoví až judikatura. Autor této práce by se přikláněl k názoru, že takové ujednání by bylo s veřejným pořádkem v rozporu.

Je třeba ovšem dodat, že samozřejmě ne všechna ustanovení týkající se rozhodování soudu musí mít nutně donucující povahu. Například ustanovení § 1766 odst. 1 OZ, které upravuje klauzuli *rebus sic stantibus*, takovou povahu nemá. Ustanovení konstituuje smluvní straně právo – za splnění podmínek vyplývajících z ustanovení § 1765 odst. 1 OZ – domáhat se, aby soud obnovil rovnováhu práv a povinností stran smlouvy (anebo aby zrušil smlouvu). Toto pravidlo však kogentní není, neboť jeho aplikaci lze smluvně vyloučit převzetím na sebe nebezpečí změny okolností, což je výslovně uvedeno v ustanovení § 1765 odst. 2 OZ.

3.5.8. Smluvní modifikace důkazního břemene

Stejně jako nelze soudu soukromoprávním ujednáním vyznačovat jeho pravomoci, nelze soud ani zavázat, aby „přemýšlel“ určitým směrem, něco závazně předpokládal či z něčeho vycházel. Soudní praxe dlouhodobě odmítá, aby se autonomie vůle vztahovala i na možnost modifikace důkazního břemene.⁵⁶¹

Je namístě se domnívat, že smluvní modifikace důkazního břemene odporuje kritériu veřejného pořádku. Z tohoto důvodu je třeba normy, které upravují důkazní břemeno, považovat za kogentní. Takové najdeme i v občanském zákoníku, čehož příkladem je institut uznání dluhu (§ 2053 a § 2054 OZ). Následkem právního jednání dlužníka, kterým tento svůj dluh co do důvodů a výše uzná, je odvrácení důkazního břemene: důkazní břemeno – po prokázání uznání dluhu – tíží dlužníka, nikoliv věřitele. Ustanovení § 2054 odst. 1 OZ, podle kterého je placení úroků jedním z důvodů uznání dluhu, je třeba dle názoru autora této práce považovat za kogentní, a to v tom smyslu, že nad rámec zákonem stanovených důvodů uznání dluhu nelze „vytvořit“ jiný, smluvní

⁵⁶¹ K tomu srov. rozsudek NS ze dne 18. března 2010, sp. zn. 23 Cdo 5508/2007, kde NS konstatuje: „*ujednání stran modifikující důkazní břemeno, tj. institut veřejnoprávního civilního práva procesního, by proto bylo možné pouze tehdy, pokud by takovou možnost občanský soudní řád připouštěl. S ohledem na to, že žádná zákonná úprava předpokládající dohody o důkazním břemenu neexistuje, lze usuzovat, že strany ani nemohou takovou dohodu uzavřít.*“

důvod, jehož naplnění by mělo za následek přenesení důkazního břemene na dlužníka.⁵⁶²

Výše uvedená problematika je nejčastěji diskutována v souvislosti s možností, nebo spíše nemožností sjednání smluvní domněnky doručení.⁵⁶³ Někteří autoři se domnívají, že klíčem k vyřešení této otázky je určení právní povahy ustanovení § 570 OZ, které stanoví, že „[p]rávní jednání působí vůči nepřítomné osobě od okamžiku, kdy jí projev vůle dojde; [...]“.⁵⁶⁴ Nezdá se však, že by povaha předmětného ustanovení měla být v tomto ohledu rozhodující, když koneckonců s odkazem na judikaturu NS je dovozováno, že ustanovení § 570 odst. 1 OZ je svou povahou dispozitivní.⁵⁶⁵ S tímto názorem lze souhlasit. Přesto závěr o nemožnosti autonomně nakládat s důkazním břemenem nebyl prozatím judikaturou prolomen.⁵⁶⁶

Důkazního břemene se v občanském zákoníku dotýkají tzv. právní domněnky. Je vhodné blíže prozkoumat, jaký je vztah právních domněnek a kogentních, resp. dispozitivních norem.⁵⁶⁷

⁵⁶² Starší judikatura zde není příliš vypovídající (srov. rozsudek NS ze dne 9. 10. 2008, sp. zn. 32 Cdo 1362/2007), neboť ObchZ uznání dluhu považoval za kogentní výslovně (viz § 323 ve spojení s § 263 odst. 1 ObchZ). Obdobně uvažuje i Lasák. Z jeho výkladu však není patrné, k jakému názoru se ohledně právní povahy § 2054 OZ přiklání, když autor obecně rozpor s dobrými mravy nebo veřejným pořádkem neshledává, nicméně nakonec připouští, že rozpor s veřejným pořádkem by mohl být spatřován právě v porušení procesních předpisů o důkazním břemeni (LASÁK, Jan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V*, op. cit., str. 1303-1304).

⁵⁶³ K tomuto srov. rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 16. 11. 2009, sp. zn. 5 Cmo 161/2009, kde tuto nemožnost soud konstatuje výslovně.

⁵⁶⁴ Např. srov. SUM, Tomáš. Lze si po rekodifikaci platně smluvit domněnku doručení zásilek ve vztazích mezi podnikateli? Příspěvek publikovaný dne 18. září 2015 [online]. Dostupný z WWW: <https://www.epravo.cz/top/clanky/lze-si-po-rekodifikaci-platne-smluvit-domnenku-doruceni-zasilek-ve-vztazich-mezi-podnikateli-98916.html>

⁵⁶⁵ Dobrovolná hovoří o tom, že „strany si tedy mohou smluvit další předpoklady dojití nebo jiný okamžik účinnosti projevu vůle, pokud to zákon nevylučuje“, přičemž odkazuje na rozsudek NS ze dne 16. 1. 2013, sp. zn. 31 Cdo 1571/2010 (DOBROVOLNÁ, Eva. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I*, op. cit., str. 2047).

⁵⁶⁶ Pro srovnání s polskou doktrínou viz pojednání Tyc, která analyzuje názory na dané téma jednotlivých polských právních teoretiků (TYC, Aneta. Ciężar dowodu – wokół definicji oraz dopuszczalności umownej regulacji. *Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM*, 2012, č. 2, str. 199-208).

⁵⁶⁷ Polská právní nauka tomuto tématu zdá se věnuje (ve srovnání s tuzemskou doktrínou) větší pozornost. Vyvinuly se dvě relevantní teorie: první zakládá, že dispozitivní normy jsou v zásadě určitým druhem právních domněnek. Tento názor vychází z předpokladu, že obsah právního jednání tvoří (pouze) vůle stran. Dispozitivní normy v tomto konceptu předpokládají vůli stran, a to až do okamžiku, kdy je prokázán opak. Druhý, zřejmě aktuálně převládající názor, vychází zase z toho, že obsah právního jednání tvoří nejen vůle stran, ale i zákon (srov. čl. 56 KC). V tomto pohledu není důvod ztotožňovat dispozitivní normy a právní domněnky, protože dispozitivní normy jsou obsahem právního jednání i bez „mezičlanků“, tedy vůle stran (RADWAŃSKI, Zbigniew; ZIELIŃSKI, Maciej. In: SAFJAN, Marek (red.). *Prawo cywilne...*, op. cit., str. 320, marg. č. 15).

Právní domněnky rozlišujeme dvojího typu – vyvratitelné, u nichž je přípustný důkaz opaku (zákon používá spojení „má se za to“, např. § 2161 odst. 2 OZ) a nevyvratitelné, které důkaz opaku nepřipouštějí (zákon používá slovo „platí“, např. § 741 OZ).⁵⁶⁸ Vyvratitelná právní domněnka přikazuje soudu, aby určitou skutečnost předpokládal, a to až do doby, dokud nebude prokázán opak, zatímco nevyvratitelná domněnka zavazuje soud, aby nějakou skutečnost předpokládal i bez ohledu na to, zda je s realitou v souladu, anebo v rozporu.⁵⁶⁹ Vyvratitelná právní domněnka proto působí podmíněčně a nevyvratitelná bezpodmínečně, přičemž obě se týkají otázky, co bude před soudem dokazováno.

Je podstatné, k čemu se právní domněnka vztahuje. Na mnoha místech vyvratitelná právní domněnka „předpokládá“ určitou skutečnost, přičemž důkazem opaku má být právě ujednání stran smlouvy.⁵⁷⁰ Například předpokládá se, že se cena věci nesnižuje o cenu věci, kterou opatřil objednatel (§ 2597 odst. 1 OZ), předpokládá se také to, že provize obchodního zástupce zahrnuje i jím vynaložené náklady (§ 2500 OZ) nebo se třeba předpokládá, že pachtovní rok je obdobím od 1. října do 30. září (§ 2339 odst. 2 OZ). Obdobná situace může nastat i u nevyvratitelné právní domněnky, s tím, že tato z povahy věci nepřipouští důkaz opaku – její podstatou je, že „něco“ *platí*, pokud nebylo ujednáno jinak: platí například, že lhůta činí 15 dní, pokud neurčí stanovy lhůtu delší (§ 1211 OZ); dále platí, že nájem je ujednaný na dobu neurčitou, pokud strany dobu trvání nájmu nebo den skončení nájmu neujednaly (§ 2204 odst. 1 OZ); platí taktéž, že povinnost platit důchod trvá po dobu příjemcova života, pokud nebylo trvání závazku ujednáno (§ 2702 OZ) apod. V obou případech je výsledek obdobný. Za této situace mají právní domněnky analogické působení jako dispozitivní normy a těžko mezi nimi hledat praktické rozdíly, neboť i odchýlení od dispozitivní normy je třeba u soudu prokázat.⁵⁷¹

Jiná je situace, kdy právní domněnka nepředpokládá ujednání stran, ale určitou fakticitu nebo určitý právní stav. Kupříkladu zákon předpokládá řádnou, pravou

⁵⁶⁸ Srov. ZUKLÍNOVÁ, Michaela. In: DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanské právo hmotné*, op. cit., str. 209-210. Od právních domněnek je třeba odlišovat právní fikce uvozené slovy „považuje se“ nebo „hledí se“, které fingují určitou skutečnost, která neexistuje, je vymyšlená - např. § 25 OZ.

⁵⁶⁹ Ibidem.

⁵⁷⁰ MELZER, Filip; TÉGL, Petr a kol. *Občanský zákoník - velký komentář. Svazek I*, op. cit., str. 66, marg. č. 188-189.

⁵⁷¹ Ibidem. Tito autoři považují vyvratitelné domněnky tohoto typu za zdůraznění dispozitivnosti daného právního pravidla.

a poctivou držbu (§ 994 OZ) nebo předpokládá nedbalost škůdce (§ 2912 odst. 2 OZ); dále zákon předpokládá, kdy je provoz zvlášť nebezpečný (§ 2925 odst. 3 OZ), vadnost věci již při převzetí (§ 2161 odst. 2 OZ) či dobu dojití zásilky třetí osobě (§ 573 OZ) apod. Taková právní pravidla se naopak svou povahou blíží kogentním normám, protože – z kterékoliv strany je budeme zkoumat – je nelze smluvně modifikovat; nelze ujednáním stran regulovat důkazní břemeno (srov. výše). Samozřejmě nehovoříme o „klasických“ kogentních normách, ale o tzv. pomocných normách.⁵⁷² Přesto vylučují autonomní normotvorbu. Vycházíme-li z již citované myšlenky Knappa, že vlastnost kogentnosti či dispozitivnosti se může týkat čehokoliv, co právo upravuje,⁵⁷³ pak můžeme i těmto tzv. pomocným normám přiřknout vlastnost kogentnosti.

3.5.9. Přechodná ustanovení občanského zákoníku

Určitou souvislost s veřejným pořádkem – ve smyslu zavedení „pořádku“ v otázce, kdy aplikovat starou a kdy novou právní úpravu – mají jistě i přechodná ustanovení občanského zákoníku, která se, až na výslovné výjimky (viz § 3028 odst. 3 OZ), obecně považují za kogentní.⁵⁷⁴ Zejména krátce po nabytí účinnosti platného občanského zákoníku někteří přesto otevřeli otázku, zda lze smlouvu uzavřenou po dni 1. 1. 2014 podříditi právnímu režimu OZ 1964.⁵⁷⁵ Pomiňme na tomto místě problematiku neaktuálního smluvního „vzoru“ (viz § 551 odst. 1 OZ) a představme si, že skutečná vůle stran směřovala k uzavření smlouvy, která by se jako celek řídila starší právní úpravou.⁵⁷⁶

⁵⁷² TICHÝ, Luboš. In: DVOŘÁK, Jan a kol. *Soukromé právo...*, op. cit., str. 5.

⁵⁷³ KNAPP, Viktor. O právu kogentním..., op. cit., str. 2.

⁵⁷⁴ Obdobně ONDREJOVÁ, Dana. *Průvodce...*, op. cit., str. 17.

⁵⁷⁵ Tato otázka se může leckomu oprávněně jevit jako docela absurdní, nicméně řada právníků ji kladla zcela vážně. Autor této práce např. narazil na diskuzi na toto téma na internetové platformě facebook.com v uzavřené skupině s názvem „Advokátní Koncipienti“ (v rámci této neformální skupiny advokáti a zejména advokátní koncipienti sdílejí rady a tipy právního charakteru všeho druhu). Tazatel do fóra pokládal otázku, zda existuje ustanovení OZ, které by podřazení smlouvy do režimu OZ 1964 výslovně umožňovalo. Na okraj lze uvést, že největší přízní se těšily dvě zjevně ironické odpovědi. První doporučila tazateli ke smlouvě vytisknout celý OZ 1964 a na tento výtisk napsat „Všeobecné obchodní podmínky“. Druhá odpověď byla kladná, tj. odpověď tazateli byla v tom smyslu, že skutečně takové ustanovení existuje a že je lze najít hned vedle ustanovení, které umožňuje smlouvu podřadit k právnímu režimu „ABGB“.

⁵⁷⁶ K tomu blíže viz TINTĚRA, Tomáš. Do darovací smlouvy uzavřené v roce 2015 strany uvedly, že se bude řídit zákonem č. 40/1964 Sb., občanský zákoník. Bude takové darování neplatné? Pokud nikoli, jakým občanským zákoníkem se bude smlouva řídit? *Rekodifikace & praxe*, 2016, č. 3, str. 25.

Zkoumáme-li posuzovanou problematiku čistě optikou povahy ustanovení § 3028 odst. 1 OZ, které stanoví, že „[t]ímto zákonem se řídí práva a povinnosti vzniklé ode dne nabytí jeho účinnosti“, zřejmě dospějeme k závěru, že z důvodu ochrany principu právní jistoty nemůže toto ustanovení připouštět opačné ujednání a musí mít donucující povahu. Možnost volného výběru mezi právním režimem platného či zrušeného zákona (jaksi i intuitivně) odporuje veřejnému pořádku, navíc je zřejmé, že přijímá-li zákonodárce novou právní úpravu, činí tak pochopitelně v přesvědčení, že tato má být zřejmě propracovanější a v praxi funkčnější, obecně vzato „lepší“. Proto lze přisvědčit Ondřejové, pro kterou je rovněž těžko představitelné, aby zákonodárce otázku použití nové, nebo staré právní úpravy nechal na uvážení smluvních stran.⁵⁷⁷ Dle přesvědčení autora této práce lze ustanovení § 3028 odst. 1 OZ považovat za kogentní.

Otázkou zůstává, co z výše učiněného závěru o povaze ustanovení § 3028 odst. 1 OZ vyplývá. Bez pochybností je skutečnost, že v obecné rovině kogentní normami „nového“ občanského zákoníku se musí řídit práva a povinnosti vzniklé po 1. 1. 2014. Již méně je zřejmé, zda se komentované ustanovení týká i dispozitivních norem. Doktrína dovozuje, že je přípustné vyloučit všechna dispozitivní ustanovení nové úpravy a nahradit je dispozitivní úpravou starší, např. smluvním odkazem na OZ 1964.⁵⁷⁸ Jinak řečeno, dispozitivní úprava OZ 1964 by měla v konkrétním případě představovat smluvní ujednání stran. Takovému závěru by napovídal důraz nového kodexu na široce pojatou autonomii vůle, resp. smluvní svobodu. Nicméně může být i v několika ohledech problematický.

Předně, není-li v mnoha případech jistoty ohledně právní povahy konkrétního ustanovení, v uvedeném příkladovém smluvním vztahu by nebylo tím pádem ani zřejmé, kterým občanským zákoníkem se daná smlouva řídí.

Jinou otázkou je, jaký následek by v konkrétním případě mělo „naložení“ kogentních ustanovení jednoho občanského zákoníku do kontextu dispozitivní úpravy jiného. Nejedná se pouze o vybraný smluvní typ, ale i širší kontext celého zákoníku, včetně převážně kogentní úpravy právních skutečností (hlava V. části první OZ) a v řadě případů donucujících všeobecných ustanovení o závazcích (hlava I. části čtvrté OZ). Takové „prolínání kodexů“ by mohlo přinést těžko překonatelné výkladové obtíže.

⁵⁷⁷ Srov. ONDŘEJOVÁ, Dana. *Průvodce...*, op. cit., str. 17.

⁵⁷⁸ Tak např. LAVICKÝ (LAVICKÝ, Petr. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I*, op. cit., str. 2325).

Konečně je možné uvažovat, zda by automatické „odsunutí“ platného dispozitivního práva nemohlo být shledáno samo o sobě v rozporu s veřejným pořádkem. Tímto není tvrzeno, že nelze všechny dispozitivní normy smluvně modifikovat, koneckonců proto jsou pouze podpůrné. Nicméně smluvní odchylka od dispozitivní normy předpokládá určitou cílenost, minimálně vědomost určitého jednání a jeho možného následku.⁵⁷⁹ Aplikace dispozitivní normy v případě absence jiného ujednání se opírá o zákonnou legitimitu, o kterou se aplikace dispozitivní normy zrušeného právního předpisu pochopitelně opřít nemůže.

Nicméně nelze zřejmě dospět k závěru o neplatnosti smlouvy jako takové, neboť žádný intenzivní veřejný zájem by takovou smlouvou dotčen nebyl. O absolutní neplatnosti by bylo namístě uvažovat pouze v případě, že by skutečná vůle smluvních stran směřovala k celkovému podřízení smlouvy režimu OZ 1964 (tj. jak dispozitivních, tak i kogentních ustanovení), a to tak, že v opačném případě by strany vůbec neměly zájem smlouvu uzavřít.⁵⁸⁰ V ostatních případech není na čem založit závěr o neplatnosti smlouvy, byť by takové uspořádání práv a povinností mohlo přinést výše popsané výkladové obtíže. Lze tedy uzavřít, že komentované ustanovení § 3028 odst. 1 OZ se týká pouze kogentní úpravy účinného občanského zákoníku.

⁵⁷⁹ Zákodárce někdy přímo předpokládá, že smluvní modifikace nebude cílená či oboustranně vědomá, přičemž v tomto případě reaguje zvláštními pravidly (srov. např. úprava adhezních smluv v § 1798 a násl. OZ).

⁵⁸⁰ TINTĚRA, Tomáš. Do darovací smlouvy..., op. cit., str. 25.

Závěr

Problematika právní povahy norem „nového“ občanského zákoníku bude patrně ještě dlouho budit pozornost právních teoretiků i praktiků a mnoho otázek – teoretických i praktických – zřejmě nějakou dobu zůstane bez odpovědi, resp. bez jednomyslně přijímaných závěrů. Do jisté míry uklidňující je skutečnost, že se v žádném případě nejedná o specifikum či dokonce „selhání“ české civilistiky a soudní praxe. Exkurs do Polska v rámci této práce mj. odhalil, že se polská doktrína neshoduje na obdobných teoretických otázkách (např. zda kogentní je právní norma či ustanovení zákona), stejně jako polská judikatura obdobně u určení právní povahy normy v konkrétním případě občas tápe (vzpomeňme např. na čl. 703 KC, o jehož povaze NS PL rozhodoval několikrát a postupně označil ustanovení za dispozitivní, za kogentní a také za relativně kogentní).

Nakonec však tento stav není nijak alarmující, neboť se nejedná o hádanky, které je třeba co nejdříve správně rozlousknout, nýbrž spíše o hledání nejlepší cesty, vyvažování různých zájmů a poměřování různých hodnot. Navíc s přijetím občanského zákoníku v r. 2012 se východiska do jisté míry změnila: bylo pojednáno o akcentu nového kodexu na autonomii vůle a podrobně i o „specifické“ formulaci ustanovení § 1 odst. 2 OZ. Při vědomí mimořádného rozsahu probírané problematiky nelze zřejmě předpokládat, že by se téma kogentnosti či dispozitivnosti norem v dohledném časovém horizontu vyčerpalo (k 3081 paragrafům občanského zákoníku přidejme ještě např. zákon o obchodních korporacích).

S ohledem na výše uvedené si autor na tomto místě dovolí zobecnit a zopakovat několik úvah, které z této práce postupně vyplynuly a které odrážejí autorův pohled na problematiku kogentnosti norem občanského zákoníku.

První z nich je obecnějšího charakteru a týká se již otázky, jakým způsobem pracovat s kogentností či dispozitivností norem. Občanský zákoník je totiž normativně velice pestrý a platí, že „není norma jako norma“: práce ukázala, že kromě tradičního dělení norem na kogentní a dispozitivní existují také normy relativně kogentní a mnoho jiných „subtypů“ norem; nalezneme celou řadu norem z hlediska jejich právní povahy zvláštních pro výslovnou zákonnou modifikaci a rovněž existují mnohé výjimky dovozovány judikaturou či doktrínou. Jelikož i právní vztahy se případ od případu liší, nabízí se tak otázka, zda má hledání obecnějších východisek právní povahy norem

vůbec nějaký smysl, tj. zda není jednodušší ke všemu přistupovat zcela individuálně. Autor se v rámci této práce pokusil předložit argumenty na podporu závěru, že důraz na neměnnost charakteru normy a její nezávislost na konkrétních okolnostech případu má svoje opodstatnění. Relativizací právní povahy norem totiž trpí právní jistota a právo se stává nepředvídatelné. Zároveň přílišná „individualizace“ povahy norem může vést ke ztrátě důvodu rozlišování norem na kogentní a dispozitivní, protože může-li být norma jednou kogentní a podruhé dispozitivní, žádná ve skutečnosti ani kogentní, ani dispozitivní, není.

Ze stejného důvodu je dle přesvědčení autora vhodné přijmout i závěr, že odchýlení se od kogentní normy má (resp. musí mít) určitý negativní právní následek, tj. že nemůže existovat kogentní norma, která odchýlné ujednání připouští, resp. od které odchýlení není zákonem sankcionováno. Koneckonců možnost/nemožnost odchylky je primárním dělítkem obou protilehlých kategorií právních norem. Opačné pojetí přináší riziko, že po poznání *konkrétní* kogentní normy a poznání, že *konkrétní* ujednání se od této odchyluje (co samo o sobě není v řadě případů jednoduché), by měla následovat takřkajíc další fáze zkoumání, ve které budeme muset bádát, zda takové odchýlení je přípustné či nikoliv (platné nebo neplatné). „Fází zkoumání“ je dle názoru autora přespříliš, právní jistotě tento stav neprospívá a zároveň odporuje i doktrinárnímu chápání kogentní normy jako normy nevylučitelné, která se prosadí vždy bez ohledu na vůli stran.

Druhá myšlenka autora směřuje k ustanovení § 1 odst. 2 OZ, konkrétně k výslovnému zákazu ujednání v rozporu s dobrými mravy nebo veřejným pořádkem. Autor této práce by se přiklonil k závěru o široké použitelnosti zakotveného zákazu: předně tyto korektivy můžeme pojímat jako kritéria kogentnosti, dále jako limity odchýlení se od normy dispozitivní a nakonec i jako obecné obsahové korektivy právního jednání (mimo souvislost s konkrétním zákonným ustanovením). Práce se soustředila na zprvu jmenovanou funkci. Její autor má za to, že je-li v té které normě kritérium veřejného pořádku či dobrých mravů vyjádřené natolik, že norma nepřipouští jakékoliv odchýlné ujednání, lze ji kvalifikovat jako kogentní. Nejedná se o výhradní kritéria kogentnosti, nicméně o kritéria primární a zásadní (v ostatních případech použijeme kritérium „smyslu a účelu“ normy).

Na výše uvedené navazuje třetí a poslední úvaha autora. U interpretace neurčitých právních pojmů z povahy věci hraje stěžejní roli soudce, neboť jejich obsah se primárně vyjasňuje v procesu aplikace práva. Proto také primárně rolí soudů bude naplnit dobré mravy a zejména veřejný pořádek konkrétním obsahem a vytvořit jakési portfolio případů, kdy normu s ohledem na tyto korektivy bude třeba považovat za kogentní. Touto cestou vytvořená judikatura může mít širší použitelnost a zároveň může přestavovat základnu pro úvahy o právní povaze norem, jejichž charakter nebyl jednoznačně judikován a je v doktríně neřešený či sporný. Možné směry uvažování byly naznačeny v části třetí této práce.

Právě ve výše uvedeném sepjetí veřejného pořádku a dobrých mravů s kogentností norem může spočívat změna a zásadní výhoda oproti právnímu stavu před rekodifikací, neboť „povaha ustanovení“ (§ 2 odst. 3 OZ 1964) se naplňuje konkrétním obsahem daleko hůře.

Jak známo, určitá míra abstrakce k právu patří. Určitá ano. Přemíra abstrakce právu škodí. Posunula-li předkládaná práce téma kogentnosti alespoň o píď „od přemíry k míře“, bohatě naplnila svůj účel.

SEZNAM ZKRATEK

Ústava	Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky
Listina	Usnesení č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky
OZ, občanský zákoník	Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník
OZ 1964	Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník
ObchZ	Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník
KC, <i>Kodeks cywilny</i>	Ustawa z dnia 23. 4. 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.)
ZOK	Zákon č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích)
OSŘ	Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád
ZMO	Zákon č. 101/1963 Sb., o právních vztazích v mezinárodním obchodním styku
ZP	Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce
NS, Nejvyšší soud	Nejvyšší soud České republiky
ÚS, Ústavní soud	Ústavní soud České republiky
NS PL	Sąd Najwyższy [Nejvyšší soud Polské republiky]
důvodová zpráva	Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanskému zákoníku – konsolidovaná verze [online]. Dostupné z WWW: http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf

SEZNAM POUŽITÝCH ZDROJŮ

a) Právní předpisy

Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky

Usnesení č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky

Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník

Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník

Zákon č. 509/1991 Sb., zákon, kterým se mění, doplňuje a upravuje občanský zákoník

Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník

Zákon č. 90/2012 Sb., zákon o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích)

Zákon č. 101/1963 Sb., o právních vztazích v mezinárodním obchodním styku (zákoník mezinárodního obchodu)

Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce

Zákon č. 65/1965 Sb., zákoník práce

Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád

Zákon č. 94/1963 Sb., o rodině

Zákon č. 251/2016 Sb., o některých přestupcích

Zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník

Zákon č. 37/2004 Sb., o pojistné smlouvě a o změně souvisejících zákonů

Zákon č. 67/2013 Sb. Zákon, kterým se upravují některé otázky související s poskytováním plnění spojených s užíváním bytů a nebytových prostorů v domě s byty

Zákon č. 303/2013 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím rekodifikace soukromého práva

Zákon č. 111/2018 Sb., kterým se mění zákon č. 159/1999 Sb., o některých podmínkách podnikání a o výkonu některých činností v oblasti cestovního ruchu, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony

Směrnice Rady ze dne 18. prosince 1986 o koordinaci právní úpravy členských států týkající se nezávislých obchodních zástupců (86/653/EHS)

Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2302 ze dne 25. listopadu 2015 o souborných cestovních službách a spojených cestovních službách, o změně nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/83/EU a o zrušení směrnice Rady 90/314/EHS

Vyhláška Ministerstva vnitra č. 328/2001 Sb. o některých podrobnostech zabezpečení integrovaného záchranného systému, podle níž se v rámci zpracování havarijního plánu kraje zřizuje plán veřejného pořádku a bezpečnosti

Nařízení vlády č. 351/2013 Sb., kterým se určuje výše úroků z prodlení a nákladů spojených s uplatněním pohledávky, určuje odměna likvidátora, likvidačního správce a člena orgánu právnické osoby jmenovaného soudem a upravují některé otázky Obchodního věstníku, veřejných rejstříků právnických a fyzických osob a evidence svěřenských fondů a evidence údajů o skutečných majitelích

Zákon č. 946/1811 Sb. z., vyhlášen 1. 6. 1811 (obecný občanský zákoník)

Ustawa z dnia 23. 4. 1964 r., Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.)

Zákon č. 513/1991 Zb., Obchodný zákonník

Zákon č. 40/1964 Zb., Občiansky zákonník

Code civil des Français, vyhlášen 21. 3. 1804

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, ze dne 30. 3. 1911

b) Judikatura

Nález ÚS ze dne 27. 10. 2011, sp. zn. I. ÚS 1845/11.

Nález ÚS ze dne 7. 5. 2009, sp. zn. I. ÚS 523/07.

Nález ÚS ze dne 12. 3. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 83/06.

Nález ÚS ze dne 3. 9. 2008, sp. zn. II. ÚS 446/08.

Nález ÚS ze dne 6. 9. 2005, sp. zn. I. ÚS 643/04.

Rozsudek NS ze dne 29. 11. 2010, sp. zn. 33 Cdo 2330/2009.

Rozsudek NS ze dne 1. 7. 2009, sp. zn. 22 Cdo 680/2009.

Rozsudek NS ze dne 19. 4. 2000, sp. zn. 22 Cdo 1658/98.

Usnesení NS ze dne 19. 9. 2017, sp. zn. 29 Cdo 5719/2016.

Usnesení NS ze dne 31. 10. 2017, sp. zn. 29 Cdo 387/2016.

Rozsudek NS ze dne 17. 3. 2005, sp. zn. 33 Odo 1117/2003.

Rozsudek NS ze dne 12. 5. 2016, sp. zn. 32 Cdo 1983/2014.

Rozsudek NS ze dne 10. 1. 2011, sp. zn. 23 Cdo 2575/2010.

Rozsudek NS ze dne 31. 3. 1998, sp. zn. 3 Cdon 1398/96.

Rozsudek NS ze dne 27. 4. 2006, sp. zn. 33 Odo 469/2006.

Rozsudek NS ze dne 22. 1. 1998, sp. zn. 3 Cdon 1237/96.

Rozsudek NS ze dne 29. 8. 2007, sp. zn. 26 Odo 1160/2005.

Rozsudek NS ze dne 26. 3. 2001, sp. zn. 33 Cdo 2994/1999.

Rozsudek NS ze dne 29. 5. 1997, sp. zn. 2 Cdon 473/96.

Usnesení NS ze dne 22. 6. 2006, sp. zn. 33 Odo 447/2005.

Rozsudek NS ze dne 21. 8. 2000, sp. zn. 22 Cdo 871/2000.

Rozsudek NS ze dne 28. 7. 2007, sp. zn. 32 Odo 1043/2004.

Usnesení NS ze dne 24. 11. 2014, sp. zn. 26 Cdo 1770/2014.

Rozsudek NS ze dne 23. 8. 2011, sp. zn. 23 Cdo 1733/2010.

Rozsudek NS ze dne 21. 1. 2014, sp. zn. 23 Cdo 2420/2012.

Rozsudek NS ze dne 29. 4. 2013, sp. zn. 29 Cdo 692/2011.

Rozsudek NS ze dne 18. 3. 2010, sp. zn. 23 Cdo 5508/2007.

Rozsudek NS ze dne 16. 1. 2013, sp. zn. 31 Cdo 1571/2010.

Rozsudek NS ze dne 9. 10. 2008, sp. zn. 32 Cdo 1362/2007.

Rozsudek NS ze dne 22. 5. 2012, sp. zn. 33 Cdo 2978/2010.

Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 16. 11. 2009, sp. zn. 5 Cmo 161/2009.

Usnesení Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 3. 8. 2017, sp. zn. 22 Co 121/2017.

Rozsudek Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 2. 11. 1995, sp. zn. 8 Co 1799/95.

Rozsudek NS PL ze dne 16. 2. 2001, sp. zn. IV CKN 244/00.

Rozsudek NS PL ze dne 29. 4. 2003, sp. zn. V CKN 310/01.

Rozsudek NS PL ze dne 22. 11. 2006, sp. zn. V CSK 299/06.

Rozsudek NS PL ze dne 15. 7. 2010, sp. zn. IV CSK 33/10.

Usnesení NS PL ze dne 11. 10. 2012, sp. zn. III CZP 52/12.

Rozsudek NS PL ze dne 17. 3. 2010, sp. zn. II CSK 454/09.

Rozsudek NS PL ze dne 21. 10. 2010, sp. zn. IV CSK 215/10.

Rozsudek NS PL ze dne 20. 3. 2014, sp. zn. II CSK 290/13.

Rozsudek NS PL ze dne 8. 1. 2003, sp. zn. II CKN 1097/00.

Rozsudek NS PL ze dne 23. 6. 2005, sp. zn. II CK 739/04.

Rozsudek NS PL ze dne 9. 11. 2006, sp. zn. IV CSK 208/06.

c) Monografie a učebnice

BEZOUŠKA, Petr a kol. *Soudní judikatura ve světle občanského zákoníku: komentovaný rejstřík judikatury a její použití po rekodifikaci*. Praha: Wolters Kluwer, 2016. ISBN 978-80-7552-090-6.

BEZOUŠKA, Petr; PIECHOWICZOVÁ, Lucie. *Nový občanský zákoník: nejdůležitější změny*. Olomouc: ANAG, 2013. Právo. ISBN 978-80-7263-819-2.

BOGUSZAK, Jiří; GERLOCH, Aleš; ČAPEK, Jiří. *Teorie práva*. Praha: Eurolex Bohemia, 2001. ISBN 80-86432-13-0.

DEREŃ, Aldona Małgorzata. *Zarys prawa cywilnego w pytaniach i odpowiedziach*. Nysa: Oficyna Wydawnicza PWSZ w Nysie, 2008. ISBN 978-83-60081-21-1.

DVOŘÁK, Jan a kol. *Soukromé právo 21. století*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017. Právní monografie. ISBN 978-80-7552-595-6.

DVOŘÁK, Jan; SPÁČIL, Jiří. *Společné jmění manželů v teorii a v judikatuře*. 3. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011. Právní rukověť. ISBN 978-80-7357-597-7.

DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanské právo hmotné. Svazek 1. Díl první: Obecná část*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013. ISBN 978-80-7478-326-5.

ELIÁŠ, Karel a kol. *Občanské právo pro každého: pohledem (nejen) tvůrců nového občanského zákoníku*. 2. dopl. a aktualiz. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2014. ISBN 978-80-7478-493-4.

ELIÁŠ, Karel; ZUKLÍNOVÁ, Michaela. *Principy a východiska nového kodexu soukromého práva*. Praha: Linde, 2001. ISBN 80-7201-303-0.

ELISCHER, David. *Darování a jeho podoby v novém soukromém právu*. Praha: Wolters Kluwer, 2016. Právní monografie. ISBN 978-80-7552-298-6.

FIALA, Josef; KINDL, Milan a kol. *Občanské právo hmotné*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007. Právní učebnice. ISBN 978-80-7380-058-1.

FILIPIAK, Tereza a kol. *Zarys prawa cywilnego*. Wydanie VI zmienione. Lublin: Oficyna Wydawnicza Verba, 2010. ISBN 978-83-89468-81-9.

GERLOCH, Aleš a kol. *Teorie a praxe tvorby práva*. Praha: ASPI-Wolters Kluwer, 2008. Právní monografie. ISBN 978-80-7357-362-1.

GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 5. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009. ISBN 978-80-7380-233-2.

HURDÍK, Jan. *Občanské právo hmotné: obecná část, absolutní majetková práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013. ISBN 978-80-7380-377-3.

HURDÍK, Jan; LAVICKÝ, Petr a kol. *Změny soukromého práva v České republice a dalších evropských zemích*. Brno: Masarykova univerzita, 2014. Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity. ISBN 978-80-210-7602-0.

HURDÍK, Jan; LAVICKÝ, Petr. *Systém zásad soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2010. Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity. Řada teoretická. ISBN 978-80-210-5063-1.

CHAUVIN, Tatiana; WINCZOREK, Piotr; STAWECKI, Tomasz. *Wstęp do prawoznawstwa*. 10. wydanie. Warszawa: C. H. Beck, 2016. ISBN 978-83-255-7740-7.

JANKŮ, Martin. *Nové občanské právo v kostce: (stručný úvod)*. Praha: C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-516-9.

KINDL, Milan; ROZEHNAL, Aleš. *Nový občanský zákoník: problémy a úskalí*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2014. Pro praxi. ISBN 978-80-7380-516-6.

KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995. Beckovy právnické učebnice. ISBN 80-7179-028-1.

KRÁLÍČKOVÁ, Zdeňka. *Autonomie vůle v rodinném právu v česko-italském porovnání*. Brno: Masarykova univerzita, 2003. Acta Universitatis Brunensis. Iuridica. ISBN 80-210-3093-3.

KUBEŠ, Vladimír. *Smlouvy proti dobrým mravům*. Praha-Brno: Nakladatelství „Orbis“, 1933.

LAZAR, Ján. *Občianske právo hmotné*. Bratislava: Iuris libri, 2014. ISBN 978-80-89635-08-5.

MAYR, Robert. *Soustava občanského práva. Kniha první: Nauky obecné*. Brno: Barvič & Novotný, 1922.

NOWACKI, Józef; TOBOR, Zygmunt. *Wstęp do prawoznawstwa*. 3. wydanie. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2007. ISBN 978-83-7526-598-9.

ONDREJOVÁ, Dana. *Průvodce uzavíráním smluv*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2017. Právo prakticky. ISBN 978-80-7552-809-4.

PAULDURA, Lukáš a kol. *Slovník právních pojmů: občanský zákoník*. Praha: Wolters Kluwer, 2014. Rekodifikace. ISBN 978-80-7478-660-0.

RADWAŃSKI, Zbigniew; OLEJNICZAK, Adam. *Prawo cywilne – część ogólna*. 12. wydanie. Warszawa: C. H. Beck, 2013. Podręczniki Prawnicze. ISBN 978-83-255-5562-7.

ROZEHNALOVÁ, Naděžda a kol. *Nový občanský zákoník pohledem mezinárodních obchodních transakcí*. Brno: Masarykova univerzita, 2014. Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity. ISBN 978-80-210-7491-0.

SAFJAN, Marek (red.). *Prawo cywilne – część ogólna. Tom I*. Warszawa: C. H. Beck, 2007. System Prawa Prywatnego. ISBN 978-83-7483-342-4.

SALAČ, Jaroslav. *Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu: obsahové meze platnosti právních úkonů (smluv) z hlediska rozporu se zákonem, dobrými mravy a veřejným pořádkem*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2004. Právní instituty. ISBN 80-7179-914-9.

SVOBODA, Karel. *Závazky ze schovacích a zaopatřovacích smluv*. Praha: Wolters Kluwer, 2016. Právo prakticky. ISBN 978-80-7552-307-5.

TICHÝ, Luboš. *Obecná část občanského práva*. Praha: C. H. Beck, 2014. Právní praxe. ISBN 978-80-7400-483-4.

TINTĚRA, Tomáš; PODRAZIL Petr; PETR, Pavel. *Základy závazkového práva*. Praha: Leges, 2016. Student. ISBN 978-80-7502-124-3.

ZUKLÍNOVÁ, Michaela; DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jíří a kol. *Občanské právo hmotné. Svazek 2. Díl druhý: Rodinné právo*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016. ISBN 978-80-7478-937-3.

d) Komentářová literatura

CISZEWSKI, Jerzy (red.). *Kodeks cywilny. Komentarz*. wyd. II. Warszawa: LexisNexis, 2014. ISBN 978-83-278-0559-1.

ELIÁŠ, Karel a kol. *Občanský zákoník: velký akademický komentář: úplný text zákona s komentářem, judikaturou a literaturou podle stavu k 1. 4.2008*. Praha: Linde, 2008. Edice zákony - komentáře. ISBN 978-80-7201-687-7.

GUROWSKI, Jacek (red.). *Kodeks cywilny: komentarz*. Warszawa: LexisNexis Polska, 2013. ISBN 978-83-278-0207-1.

HRUŠÁKOVÁ, Milana; KRÁLÍČKOVÁ, Zdeňka; WESTPHALOVÁ, Lenka a kol. *Občanský zákoník II. Rodinné právo (§ 655–975)*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-503-09.

HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054)*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-535-0.

HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014)*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-287-8.

LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-529-9.

MELZER, Filip; TÉGL, Petr a kol. *Občanský zákoník - velký komentář. Svazek I. § 1-117*. Praha: Leges, 2013. ISBN 978-80-87576-73-1.

MELZER, Filip; TÉGL, Petr a kol. *Občanský zákoník - velký komentář. Svazek III. § 419-654*. Praha: Leges, 2014. ISBN 978-80-7201-003-1.

PETROV, Jan; VÝTISK, Michal; BERAN, Vladimír a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2017. Beckova edice komentované zákony. ISBN 978-80-7400-653-1.

PIETRZYKOWSKI, Krzysztof (red.). *Kodeks cywilny: komentarz, Tom I*. 2. wydanie rozszerzone i zaktualizowane. Warszawa: C. H. Beck, 1999.

SPÁČIL, Jiří a kol. *Občanský zákoník III. Věcná práva (§ 976–1474)*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013. ISBN 978-80-7400-499-5.

ŠTEVČEK, Marek; DULAK, Anton; BAJÁNKOVÁ, Jana; FEČÍK, Marián; SEDLAČKO, František; TOMAŠOVIČ, Marek a kol. *Občiansky zákonník I. § 1 – 450. Komentár*. Praha: C. H. Beck, 2015. ISBN 978-80-7400-597-8.

ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I*. Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2014. ISBN 978-80-7478-370-8.

ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek III*. Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2014. ISBN 978-80-7478-546-7.

ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek V*. Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2014. ISBN 978-80-7478-638-9.

ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek VI*. Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2014. ISBN 978-80-7478-630-3.

ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan; FIALA, Josef; ZUKLÍNOVÁ, Michaela a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek II*. Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2014. ISBN 978-80-7478-457-6.

ŠVESTKA, Jiří; SPÁČIL, Jiří; ŠKÁROVÁ, Marta; HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník: komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-108-6.

ZUKLÍNOVÁ, Michaela. *Právní jednání podle občanského zákoníku č. 89/2012 Sb. - Komentář, srovnání se zahraničím a vybraná platná judikatura*. 2. vyd. Praha: Linde Praha a. s., 2013. ISBN 978-80-7201-918-2.

e) Příspěvky ve sbornících

DVOŘÁK, Jan. K testovací svobodě a k dědické smlouvě. In: POLÁČEK, Bohumil (ed.). *Pocta prof. JUDr. Květoslavu Růžičkovi, CSc. k 70. narozeninám*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, str. 101-124. ISBN 978-80-7478-976-2.

DVOŘÁK, Jan. Pacta sunt servanda? In: DVOŘÁK, Jan; KINDL, Milan (ed.). *Pocta Martě Knappové k 80. narozeninám*. Praha: Aspi, 2005, str. 45-57. ISBN: 80-7357-133-1.

ELISCHER, David; FRINTA, Ondřej; PAUKNEROVÁ, Monika. Recodification of private law in the Czech Republic. In: RIVERA, Julio César (ed.). *The Scope and Structure of Civil Codes*. Dordrecht: Springer, 2013, str. 105-132. ISBN 978-94-007-7941-9.

HAJN, Petr. Ochrana osobnosti a úvodní ustanovení občanského zákoníku. In: SUCHÁ, Ludmila; MOKRÝ, Antonín (ed.). *Sborník přednášek a článků k novému občanskému zákoníku (2013-2014)*. Praha: Pražské sdružení Jednoty českých právníků, 2014. *Miscellanea iuridica*. ISBN 978-80-260-7884-5.

HOLLÄNDER, Pavel. Dvojitá povaha dispozitivní právní normy. In: MIKULE, Vladimír; SLÁDEČEK Vladimír; VOPÁLKA, Vladimír; BAKEŠ Milan (ed.). *Veřejná správa a právo: pocta prof. JUDr. Dušanu Hendrychovi k 70. narozeninám*. Praha: C. H. Beck, 1997. *Právo a společnost* (C. H. Beck). ISBN 80-7179-191-1.

MELZER, Filip. Kogentní a dispozitivní právní normy. In: HAVEL, Bohumil; PIHERA, Vlastimil (ed.). *Soukromé právo na cestě: eseje a jiné texty k jubileu Karla Eliáše*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2010, str. 217-233. ISBN 978-80-7380-265-3.

PELIKÁNOVÁ, Irena. Některé koncepční otázky nové kodifikace soukromého práva. In: *XXII. Karlovarské právnícké dny*. Karlovy Vary: Leges, 2014, str. 189-215. ISBN 978-80-7502-029-1.

ROZBORA, Marián. Zásada dispozitivnosti a její místo v rodinném právu. In: *Dny práva 2009*. Brno: Masarykova univerzita, 2009, str. 2425 – 2435. ISBN 978-80-210-4990-1.

SALAČ, Josef. Ochrana spotřebitele v nově přijatém občanském zákoníku a její dopad na oblast právní úpravy nájmu bytu a domu. In: THURZOVÁ, Marta; MEZEI, Juraj (ed.). *Aktuálne otázky súkromného práva a ich priemet do vyučovacieho procesu: zborník príspevkov z teoreticko-praktického seminára s medzinárodnou účasťou, konaného u príležitosti 20. výročia vzniku Akadémie Policajného zboru v dňoch 18. a 19. júna 2013*. Bratislava: Akadémia Policajného zboru v Bratislave, 2013. ISBN: 978-80-8054-569-7.

f) Časopisecká literatura

ALEXANDER, Juraj. Ke smluvní volnosti v otázce úroků z prodlení. *Právní rozhledy*, 2006, č. 2, str. 69-71. ISSN 1210-6410.

BEJČEK, Josef. Povaha ustanovení o úrocích z prodlení. *Právní rozhledy*, 2006, č. 11, str. 406-410. ISSN 1210-6410.

BĚLINA, Miroslav. Změnilo se pracovní právo s novým občanským zákoníkem? *Právní rozhledy*, 2015, č. 2, str. 52-56. ISSN 1210-6410.

BERAN, Karel. Kdy je norma kogentní a kdy dispozitivní? *Právní rozhledy*, 2009, roč. 17, č. 19, str. 685-692. ISSN 1210-6410.

BUBELOVÁ, Kamila. Dobré mravy v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Právní fórum*, 2010, roč. 7, č. 1, str. 1-7. ISSN 1214-7966.

DĄBROWSKI, Marcin. Normy prawne względnie wiążące w polskim prawie publicznym. *Państwo i Prawo*, 2016, č. 7, str. 78-93. ISSN: 0031-0980.

ELIÁŠ, Karel. K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku. *Bulletin advokacie*, 2015, č. 9, str. 13-24. ISSN 1210-6348.

ELIÁŠ, Karel. Legendy o osnově občanského zákoníku. *Právní rozhledy*, 2007, roč. 15, č. 17, s. 632-637. ISSN 1210-6410.

ELIÁŠ, Karel. Nový občanský zákoník ve Sbírce zákonů. *Právní rozhledy*, 2012, č. 7, str. 229-234. ISSN 1210-6410.

ELISCHER, David. Výměnek jako pojmenovaná smlouva v novém občanském zákoníku. *Jurisprudence*, 2014, roč. 23, č. 5, str. 19-25. ISSN 1802-3843.

GRUS, Zdeněk. Dobré mravy ve světle publikované literatury. *Právní rozhledy*, 2004, č. 3, str. 112-115. ISSN 1210-6410.

HAVEL, Bohumil. O kogentnosti, vypořádání újmy a ručení vlivné osoby ve světle nového soukromého práva. *Obchodněprávní revue*, 2013, roč. 5, č. 1, str. 13-16. ISSN 1803-6554.

HURDÍK, Jan. Kogentnost a dispozitivnost ustanovení nového občanského zákoníku o právnických osobách. Ke vzájemné použitelnosti ustanovení o nadacích a nadačních fondech. *Právní rozhledy*, 2014, roč. 22, č. 7, str. 229-233. ISSN 1210-6410.

JANOUSEK, Michal. K pochybnosti o povaze neplatnosti pro rozpor se zákonem a o následcích, které působí trestný čin v občanském právu. *Právní rozhledy*, 2016, č. 6, str. 214-218. ISSN 1210-6410.

KINTR, Tomáš. Hierarchie pramenů práva ve vztazích mezi podnikateli dle NOZ a její dopad na praxi. *Bulletin advokacie*, 2014, č. 6, str. 74-76. ISSN 1210-6348.

KNAPP, Viktor. O právu kogentním a dispozitivním (a také o právu heteronomním a autonomním). *Právnick*, 1995, roč. 134, č. 1, str. 1-11. ISSN 0231-6625.

MELZER, Filip. Dispozitivní a kogentní normy v novém občanském zákoníku. *Právní rozhledy*, 2013, č. 7, str. 253-260. ISSN 1210-6410.

MULARSKI, Krzysztof. Wykonanie zastępcze – ius cogens czy ius dispositivum? *Monitor Prawniczy*, 2006, č. 14, str. 758 – 767. ISSN 1230-6509.

NAVRÁTIL, David. Tři poznámky ke smluvní volnosti v otázce úroků z prodlení. *Právní rozhledy*, 2006, č. 13, str. 482-483. ISSN 1210-6410.

NOWACKI, Józef. IUS COGENS – IUS DISPOSITIVUM. *Studia Prawnicze*, 1993, č. 2-3, str. 31-50. ISSN 0039-3312.

OLECHOWSKI, Marcin. Porządek publiczny jako ograniczenie swobody umów. *Państwo i Prawo*, 1999, č. 4, str. 60-72. ISSN 0031-0980.

PELIKÁN, Robert. Kogentní a dispozitivní ustanovení v novém zákonu o obchodních korporacích. *Obchodněprávní revue*, 2012, č. 9, str. 246-250. ISSN 1803-6554.

RONOVSKÁ, Kateřina, HAVEL, Bohumil. Kogentnost úpravy právnických osob a její omezení autonomií vůle nebo vice versa? *Obchodněprávní revue*, 2016, roč. 8, č. 2, str. 33-39. ISSN 1803-6554.

RONOVSKÁ, Kateřina. Spolková autonomie v novém soukromém právu: její význam a limity. *Právní rozhledy*, 2016, roč. 24, č. 4, str. 115-119. ISSN 1210-6410.

ROZBORA, Marián. Některá úskalí dispozitivnosti třetí části obchodního zákoníku z pohledu právní jistoty. *Obchodněprávní revue*, 2009, č. 9, str. 258-261. ISSN 1803-6554.

SALAČ, Jaroslav. Smluvní svoboda nebo smluvní spravedlnost? *Právní rozhledy*, 1998, č. 1, str. 11-13. ISSN 1210-6410.

SZOSTOK, David. Opodstatněnost zákazu smluvních pokut v nájemních vztazích. *Soukromé právo*, 2017, č. 9, str. 12-15. ISSN 2533-4239.

SZPUNAR, Adam. Wypowiedzenie najmu zawartego na czas oznaczony. *Rejent*, 1996, č. 6, str. 9-22. ISSN: 1230-669X.

ŠPERKA, Tomáš. Modifikace délky promlčecí lhůty. *Rekodifikace & praxe*, 2013, č. 9, str. 3-5. ISSN 1805-6822.

TELEC, Ivo. Není rozpor se zákonem jako rozpor se zákonem. *Právní rozhledy*, 2004, č. 5, str. 161-168. ISSN 1210-6410.

TELEC, Ivo. Poctivost a důvěra, dobrá víra, dobré mravy, veřejná morálka a veřejný pořádek. *Právní rozhledy*, 2011, roč. 19, č. 1, str. 1-6. ISSN 1210-6410.

TICHÝ, Luboš. Veřejný pořádek jako tzv. obecná klauzule v soukromém právu z hlediska evropského kontextu. *Acta Universitatis Carolinae – Iuridica*, 2015, č. 3, str. 78-108. ISSN 0323-0619.

TINTĚRA, Tomáš. Do darovací smlouvy uzavřené v roce 2015 strany uvedly, že se bude řídit zákonem č. 40/1964 Sb., občanský zákoník. Bude takové darování neplatné? Pokud nikoli, jakým občanským zákoníkem se bude smlouva řídit? *Rekodifikace & praxe*, 2016, č. 3, str. 25. ISSN 1805-6822.

TYC, Aneta. Ciężar dowodu – wokół definicji oraz dopuszczalności umownej regulacji. *Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM*, 2012, č. 2, str. 199-208. ISSN: 2299-2774.

g) Ostatní zdroje

Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanskému zákoníku – konsolidovaná verze. Dostupná z WWW:

<http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>

Datum vstupu: 22. 8. 2018.

Pracovní verze návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. Publikováno 17. 8. 2014. Dostupná z WWW:

https://www.businessinfo.cz/app/content/files/dokumenty/Navrh_zmen_NOZ-200814.pdf

Datum vstupu: 30. 3. 2018.

ŠUBRT, Bořivoj. K možnostem odchýlovat se od zákoníku práce. *Práce & mzda*. 2011. č. 8. Dostupné také z WWW:

<http://www.mzdovapraxe.cz/archiv/dokument/doc-d34660v44278-k-moznostem-odchylovat-se-od-zakoniku-prace/>

Datum vstupu: 15. 4. 2018.

ZUKLÍNOVÁ, Michaela. Zdánlivé právní jednání.

Príspevek publikovaný dne 15. 7. 2015 [online]. Dostupný z WWW:

<https://www.pravni prostor.cz/clanky/rekodifikace/zdanlive-pravni-jednani>

Datum vstupu: 8. 4. 2018.

KORBEL, František. Nová koncepce soukromého práva (1).

Príspevek publikovaný dne 14. června 2013 [online]. Dostupný z WWW:

<http://zpravy.e15.cz/byznys/pravo-a-byznys/nova-koncepce-soukromeho-prava-1-997885>

Datum vstupu: 1. 5. 2018.

HORÁČEK, Tomáš. Jak správně uzavírat smlouvy - I.

Príspevek publikovaný dne 21. ledna 2016 [online]. Dostupný z WWW:

<https://www.pravni prostor.cz/clanky/rekodifikace/jak-spravne-uzavirat-smlouvy>

Datum vstupu: 9. 5. 2018.

BROŽ, Václav. Určování charakteru právních norem v návrhu nového Občanského kodexu.

Príspevek publikovaný dne 30. května 2010 [online]. Dostupný z WWW:

<http://jinepravo.blogspot.cz/2010/05/vaclav-broz-urcovani-charakteru.html>

Datum vstupu: 6. 5. 2018.

LOVĚTÍNSKÝ, Vojtěch. Lze smluvně vyloučit právo soudu snížit nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu?

Príspevek publikovaný dne 16. února 2017 [online]. Dostupný z WWW:

<https://www.epravo.cz/top/clanky/lze-smluvne-vyloucit-pravo-soudu-snizit-neprimerene-vysokou-smluvni-pokutu-105192.html>

Datum vstupu: 13. 5. 2018.

SUM, Tomáš. Lze si po rekodifikaci platně smluvit domněnku doručení zásilek ve vztazích mezi podnikateli?

Príspevek publikovaný dne 18. září 2015 [online]. Dostupný z WWW:

<https://www.epravo.cz/top/clanky/lze-si-po-rekodifikaci-platne-smluvit-domnenku-doruceni-zasilek-ve-vztazich-mez-podnikateli-98916.html>

Datum vstupu: 23. 5. 2018.

ŠPIČKOVÁ, Lucie. Předžalobní výzva. Olomouc, 2016. 42 str. Diplomová práce. Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta, Katedra soukromého práva a civilního procesu. Vedoucí práce Klára Hamuláková. Dostupné také z WWW:

https://theses.cz/id/e8ggez/Diplomka_final.pdf

Datum vstupu: 20. 7. 2018.

GRMAN, Juraj. Kogentnost právní úpravy obchodních korporací a související statusové otázky. Brno, 2015/2016. 62 str. Diplomová práce. Masarykova univerzita v Brně, Právnická fakulta, Katedra obchodního práva. Vedoucí práce Jarmila Pokorná. Dostupné také z WWW:

https://is.muni.cz/th/w0jqs/Diplomova_prace.pdf

Datum vstupu: 22. 8. 2018.

ZACH, Tomáš. *Dispozitivnost soukromého práva: srovnání legislativní techniky rozlišení dispozitivních a kogentních norem ve třech kodexech soukromého práva*. Praha, 2012. 24 str. Studentská vědecká a odborná činnost. Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta. Dostupné z WWW:

<https://www.prf.cuni.cz/res/dwe-files/1404046054.pdf>

Datum vstupu: 28. 3. 2018.

HŮLLE, Tomáš. Dispozitivní a kogentní ustanovení občanského zákoníku. 2008, str. 17. Dostupné z WWW:

https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/civil/hulle_tomas.pdf

Datum vstupu: 4. 4. 2018.

HEJNÝ, Tomáš. *Kogentní a dispozitivní normy v novém civilním právu / právu obchodních korporací aneb vystačíme s "výslovným" určením v zákoně?* Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta. Výjezdni seminář z obchodního práva, Obchodní právo v roce II, 10. – 12. dubna 2015. Dostupné z WWW:

<https://www.prf.cuni.cz/tomas-hejny-1404050795.html>

Datum vstupu: 5. 5. 2018.

PELIKÁN, Robert. *Soukromoprávní paradigma právní svobody ve světle ekonomických proměn společnosti*. Příspěvek na konferenci „Dvojí právo (nový dualismus práva)“, ze dne 13. listopadu 2014. Dostupný z WWW:

<https://www.youtube.com/watch?v=7VluoHRbCH0>

Datum vstupu: 22. 4. 2018.

Osobní konzultace s JUDr. Petrem Šustkem, Ph.D.

Kogentní normy v občanském zákoníku

Abstrakt

Cílem této diplomové práce s názvem „Kogentní normy v občanském zákoníku“ je analýza kogentních norem v zákoně č. 89/2012 Sb., občanském zákoníku (dále jen „OZ“), a to z hlediska jejich teoretického vymezení, způsobu jejich identifikace a výskytu. Práce je proto systematicky rozdělena na tři části.

První část se zabývá pojmovým a obsahovým vymezením kogentní normy a definováním rozdílů mezi kogentní a dispozitivní normou. Je taktéž pojednáno o různých typech kogentních norem, přičemž značný důraz je kladen na rozbor kategorie tzv. relativně kogentních norem. V rámci této části se autor zabývá i hlubší rovinou dělení norem na kogentní a dispozitivní. Je pojednáno o stěžejním principu soukromého práva – principu autonomie vůle, ve kterém se zrcadlí zásadní dispozitivnost norem občanského zákoníku. Na straně druhé je poukázáno na nutnost omezení autonomie vůle právě prostřednictvím kogentních norem. Druhá část diplomové práce je věnována dlouhodobě problematické otázce identifikace kogentní normy. Předně jsou v historickém a komparativním pohledu analyzovány legislativní techniky, které zákonodárce pro rozlišení kogentních a dispozitivních norem používá. Podrobněji je rozebrána problematika poznání kogentní normy v polském občanském zákoníku, přičemž v této souvislosti je poukázáno na vybrané rozhodnutí Nejvyššího soudu Polské Republiky. Jádrem této části je analýza ustanovení § 1 odst. 2 OZ, které má v účinném občanském zákoníku sloužit jako vodítko poznání kogentní normy. V závěru této části je věnovaná pozornost právnímu následku odchýlení od kogentní normy, zejména vztahu § 1 odst. 2 OZ a ustanovení týkajících neplatnosti právního jednání (zejména § 580, § 586 a § 588 OZ). Třetí část se zaměřuje na dvě stěžejní generální klauzule nového občanského zákoníku: dobré mravy a veřejný pořádek. Dobré mravy jsou dobře známým pojmem v českém občanském právu, novum však spočívá v jejich sepletí s právní povahou norem. Veřejný pořádek je naopak pojmem, který do českého občanského práva přinesl až platný občanský zákoník. Proto autor za účelem bližšího vymezení jeho obsahu přibližuje čtenáři pohled francouzské doktríny, neboť veřejný pořádek – jako *ordre public interne* – má ve francouzském *Code Civil* svůj původ. Cílem třetí části je demonstrativní vymezení kogentních norem

v občanském zákoníku s ohledem na kritéria dobrých mravů a veřejného pořádku, která tvoří základ pro odůvodnění jejich právní povahy.

Jádrem této diplomové práce je zodpovězení obecnější otázky, jakým způsobem nový občanský zákoník proměnil způsob chápání kogentních norem a způsob jejich identifikace. Za tímto účelem autor pojednává o doktrinálních východiscích kogentnosti norem, analyzuje starší i novější judikaturu a nabízí i komparativní náhled do zahraničních doktrín, zejména do polské civilistiky. Největší pozornost je pak věnována platné právní úpravě v občanském zákoníku. Je také poukázáno na problematické aspekty kogentnosti, které nejsou doktrínou pojímány jednotně, anebo se jimi občanskoprávní nauka nezabývá vůbec.

Klíčová slova:

kogentní norma • dobré mravy • veřejný pořádek

Mandatory rules in the Civil Code

Abstract

The aim of this diploma thesis entitled "Mandatory rules in the Civil Code" is to analyse the mandatory rules in Act No. 89/2012 Coll., the Civil Code (hereinafter "CC"), in terms of their theoretical definition, the way of their identification and occurrence. The work is therefore systematically divided into three parts.

The first part deals with the conceptual and contentual definition of the mandatory rules and defines the differences between the mandatory and non-mandatory rules. Various types of mandatory rules are also discussed, with particular emphasis being placed on analysing the category of so-called relatively mandatory rules. In this part, the author profoundly deals with a division of rules into mandatory and non-mandatory. Moreover, the author discusses the pivotal principle of private law – the principle of autonomy of will. On one hand, this principle mirrors the non-mandatory rules of the Civil Code. On the other hand, it is pointed out to the necessity of limiting the autonomy of the will through the mandatory rules. The second part of the diploma thesis is devoted to the long-standing problem of identifying a mandatory rule. First of all, the legislative techniques used by the legislator for distinguishing mandatory and non-mandatory rules are analysed from the historical and comparative viewpoint. The discussion involves, in particular, the issue of identifying mandatory rules in the Polish Civil Code, with reference to representative decisions of the Supreme Court of Poland. The very core of this part is an analysis of § 1 par. 2 CC, which is in the new Civil Code meant to be a guideline for identification of the mandatory rules. At the end of this part attention is paid to the legal consequences of the deviation from the mandatory rule, especially the relation between § 1 par. 2 CC and the provisions relating to the invalidity of legal acts (especially § 580, § 586 and § 588 CC). The third part focuses on the two pivotal general clauses of the new Civil Code: good morals and public order. Good morals are a well-known concept in Czech civil law, but the connection between good morals and the legal character of the rules is new. On the other hand, public order is a concept that brought the new Civil Code into the Czech civil law. For this reason, the author draws the reader's attention to the French civil law doctrine where public order – as an “ordre public intern” – has its origin. The aim of the third part is to demonstratively enumerate the mandatory rules in

the Civil Code with regard to the criteria of good morals and public order, which form the basis for justification of their legal character.

The very core of this diploma thesis is to answer a more general question: how the new Civil Code has changed the way of understanding the mandatory rules and the way of their identification. For this purpose, the author discusses the doctrinal foundations of mandatoriness, analyses older and more recent case law and offers a comparative view of foreign doctrines, especially the Polish one. However, the greatest attention is paid to the valid legal regulation in the Civil Code. It is also pointed out to the problematic aspects of mandatoriness which are not considered uniformly by the doctrine, or the civil doctrine does not deal with them at all.

Keywords:

mandatory rule • good morals • public order